

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

Université de Nantes

Faculté de Droit et des sciences Politiques

En vue de l'obtention du diplôme de Master 2
Droit de la propriété intellectuelle

LE TATOUAGE ET LE DROIT D'AUTEUR

*L'effectivité de la protection du tatouage au regard des droits du corps et de la
personnalité*

Présenté par :

Quentin JACQUOT
N° Étudiant : 182084S

Mémoire réalisé sous la direction de Madame Audrey LEBOIS (Tuteur)

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

AVANT PROPOS

L'auteur certifie que le mémoire présenté en vue de l'obtention du Master 2 Droit de la propriété intellectuelle a été écrit de sa main, que ce travail est personnel et que toutes les sources utilisées ont été indiquées dans leur totalité. Il atteste sur l'honneur qu'il n'a ni recopié, ni utilisé des idées ou des formulations tirées d'un ouvrage, article ou mémoire en version imprimée ou électronique, sans mentionner précisément leur origine et que les citations intégrales sont signalées entre guillemets.

REMERCIEMENTS

*Je remercie Madame Audrey Lebois, ma directrice de mémoire, pour ses conseils et son soutien.
Je remercie également BKS Tattoo, Ulysse, Kitch Kat et Sara Domino pour leurs retours sur leurs expériences dans le milieu du tatouage.*

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

SOMMAIRE

AVANT PROPOS	2
REMERCIEMENTS	2
SOMMAIRE	3
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	4
INTRODUCTION	5
CHAPITRE LIMINAIRE – LE TATOUAGE, ENTRE ŒUVRE DE L’ESPRIT ET CORPS HUMAIN	9
A. L’ORIGINALITE DU TATOUAGE	9
B. LA TITULARITE DES DROITS D’AUTEUR SUR LE TATOUAGE	16
C. LES DROITS AU RESPECT DU CORPS HUMAIN ET DE LA PERSONNALITE, CONTREPOIDS DU DROIT D’AUTEUR ?	23
CHAPITRE I - UNE LIMITATION DES DROITS D’AUTEUR SUR LE TATOUAGE PAR L’ESSENCE DES DROITS DE LA PERSONNALITE	32
A. DES DROITS PATRIMONIAUX AFFAIBLIS	32
B. LA CONTREFAÇON PRATIQUEMENT AMPUTEE	38
CHAPITRE II - LIMITATION VENANT ETEINDRE LES DROITS MORAUX POUR LE PLUS GRAND BENEFICE DE LA PERSONNE TATOUEE	46
A. DES DROITS MORAUX RESTREINTS	46
B. LE CORPS COMME SUPPORT AVANT LE DROIT D’AUTEUR	54
INDEX	62
BIBLIOGRAPHIE	63
OUVRAGES, TRAITES, MANUELS	63
COMMENTAIRES ET ARTICLES	63
SITOGRAFIE	65
TABLE DES MATIERES	67

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

Code de Propriété Intellectuelle	CPI
Code Général des Impôts	CGI
Code Général de la Sécurité Sociale	CGS
Tribunal de Grande Instance	TGI
Cour d'appel	CA
Cour Européenne des Droits de l'Homme	CEDH (selon le contexte)
Cour de Justice de l'Union Européenne	CJUE
Convention Européenne des Droits de l'Homme	CEDH (selon le contexte)
Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne	TFUE
Syndicat National des Artistes- Tatoueurs	SNAT
Taxe sur la Valeur Ajoutée	TVA

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

INTRODUCTION

« *L.De Funès : On dirait une reproduction d'un Modigliani !*

J.Gabin : Est-ce que j'ai une tête à avoir une reproduction ?

[...]

L.De Funès : Monsieur Legrain, je vous l'achète !

J.Gabin : Me prendriez-vous pour un saucisson ou un pied de porc monsieur l'épicier ?

[...]

L.De Funès : Écoutez, je vous donne deux millions pour ce que vous avez dans le dos !

J.Gabin : Comment pour ce que j'ai dans le dos ? Vous me prenez pour une prostituée bougre d'abruti ? »¹.

Si cette scène témoigne des jeux d'acteurs de De Funès et Gabin, ce qui ressort du film *Le Tatoué* est intéressant. Ce qui de prime abord est une comédie absurde où un collectionneur peu scrupuleux tente tout pour acheter le tatouage présent sur le dos d'un ancien légionnaire révèle finalement un phénomène en droit. En effet, ce qui ressort du film est qu'un tatouage peut être une œuvre d'art, comprenons en droit d'auteur une œuvre protégée. Le scénario semblait peut-être à l'époque absurde, il n'empêche que de plus en plus de personnes aujourd'hui sont tatouées, certaines arborant des pièces de maître, et que la question du sort des tatouages peut se poser. En effet, si aujourd'hui un collectionneur souhaite acheter l'œuvre fixée dans la peau d'une autre personne, quelles difficultés rencontrerait-il ? Surtout, n'oublions pas que dans le film la question de l'auteur du tatouage ne revient que très peu, tout est centré autour de la personne tatouée, or en droit cette présence d'un auteur a son importance quant au tatouage réalisé. De plus, et les réflexions de Jean Gabin sont à ce titre justes, commercer un tatouage revient peu ou prou à commercer un corps humain. Dès lors, ce dernier est soit compris comme un objet dans une épicerie, soit compris comme un don de son corps très proche de la prostitution. Souligner cet aspect lié au tatouage n'est en réalité ne voir que la moitié

¹ *Le Tatoué*, Denys de la Patellière, 1968 avec Jean Gabin et Louis de Funès.

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

du tableau. Il n'y a pas que le tatoué qui peut poser problème lorsqu'il s'agit d'un tatouage, il y a aussi le tatoueur. En effet, ce dernier pourrait être considéré comme un auteur si son tatouage est considéré comme une œuvre de l'esprit. Dès lors, il aurait en théorie des prérogatives lui permettant d'assurer un certain contrôle sur son œuvre, ce qui, dans le cadre du film, aurait pu apporter un personnage supplémentaire haut en couleur et en revendications.

1. Brève histoire du tatouage. Le tatouage est présent dans les mœurs depuis longtemps. Le plus vieux corps tatoué identifié est celui d'Ötzi² et représente pour certains des rites religieux ou pour d'autres des pratiques thérapeutiques³. Dans l'évolution de la société, il sert ensuite de marquage de castes, permettant de distinguer les esclaves des citoyens dans l'Antiquité. Il devient ensuite au fil du temps la marque des voyageurs, les tatouages servant alors d'illustrations des expéditions passées. La marine s'empare donc naturellement de ces pratiques d'abord par fascination pour les peuples découverts en Amérique et tatoués puis pour signifier leur ancienneté et leur expérience de marin. Enfin, de retour en Europe, il est diffusé principalement dans les mœurs populaires avec le retour des marins au port : les prostitués s'emparent de cet art. Notons tout de même que contre une conception répandue, certains nobles possédaient des tatouages, obtenus aussi au gré des voyages, mais cela reste assez marginal. La plupart des personnes tatouées par la suite sont ensuite perçues comme criminelles en Europe. Le tatouage prisonnier est alors une pratique qui se développe en Europe de l'Est, on reconnaissait également en France les bagnards aux nombreux tatouages qu'ils portaient. Le lien entre criminalité et tatouage est tellement fort qu'il a été poussé au paroxysme au Japon, là-bas seule la pègre était tatouée, les fameux Yakuza. Aux États-Unis, ce sont les gangs qui se tatouent leur appartenance. Les mœurs évoluant peu à peu, les tatouages ne sont plus uniquement attribués aux criminels, mais restent tout de même ancrés dans les consciences comme mauvais présage à tel point que dans les bains publics japonais, les tatouages doivent être recouverts sous peine d'interdiction de baignade. Aujourd'hui, plus d'un cinquième de la population française est tatouée et ce nombre est en augmentation avec l'implantation culturelle du tatouage qui est en plein essor. Le tatouage a tout de même toujours eu le même rôle, il permettait aux individus d'exprimer une part de leur personnalité sur leur corps mais aussi de rejoindre un groupe idéologique, parfois lié à un monde violent ou

² Momie d'un homme du néolithique découverte en 1991, la momie aurait plus de 5000 ans. Il porte les plus anciens tatouages néolithiques connus au monde.

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

criminel. Cependant, cette pratique, bien que de plus en plus courante, souffre en droit et principalement en droit d'auteur.

2. Tatoueur auteur et tatouage œuvre ? Si nous suivons la théorie de l'unité de l'art, rien ne s'oppose à ce que le tatouage, réalisé contre rémunération, soit compris comme une œuvre d'art. Simple détail, les tatoueurs ne sont pas compris dans le régime fiscal des artistes. Cela n'a en droit d'auteur aucune incidence puisque le mérite ou la destination d'une œuvre ne compte pas pour la protection de cette dernière⁴. De plus, notons en ce sens que la liste prévue par le code n'est pas exhaustive⁵ et donc rien n'empêche en théorie d'y inclure le tatouage au titre des œuvres protégées. Cette précision montre une certaine défiance envers cet « art », bien que les tatoueurs se revendiquent artistes. Le SNAT lutte en ce sens pour que les tatoueurs soient reconnus comme artiste-auteur, et ainsi bénéficier des régimes spéciaux de fiscalité et de sécurité sociale. Ils luttent aussi dans le même sens pour revendiquer leurs droits d'auteur sur leurs œuvres. L'art, pour être protégé par le droit d'auteur, doit correspondre à une œuvre originale, création de l'esprit. Le tatouage serait donc possiblement protégé.

3. Fiscalité et tatouage. Les détracteurs du tatouage comme art peuvent alors user du droit fiscal. C'est d'ailleurs un combat que mène le SNAT car les tatoueurs ne sont pas considérés comme des artistes selon le CGI et le CGS. Les auteurs ont d'ailleurs eu l'occasion de dire que « le droit fiscal rejoue à sa manière l'argument du drame en contestant à un tatoueur le bénéfice d'une TVA à taux réduit de 5,5 % prévue par l'article 278 septième du code général des impôts pour « livraison d'œuvre d'art » au motif que “le corps humain ne constitue pas un support susceptible de donner lieu à une livraison de bien“. Il s'agit donc d'une prestation de service. »⁶ Le corps ici apporte une difficulté concernant donc le statut fiscal des tatoueurs. Bien sûr, ce statut n'importe peu en droit d'auteur, notons en ce sens que l'article L112-2 du CPI n'offre pas une liste exhaustive⁷ des arts protégés. Pourtant, les articles 98 A Annexe III du CGI et R382-2 du CGS combinés font une liste exhaustive et limitative, dans laquelle les tatoueurs n'entrent pas alors même qu'est cité l'article L112-2 du CPI.

³ Les 61 groupes de traits tatoués sur le corps d'Ötzi ont été trouvés près d'endroits où il souffrait d'arthrose.

⁴ Article L112-1 CPI.

⁵ Article L112-2 CPI, « notamment » dans l'article sous-entend alors que la liste n'est pas exhaustive.

⁶ Professeur Jean-Christophe Galloux, Professeur Hélène Gaumont-Prat, Droits et libertés corporels, Recueil Dalloz 2010, février 2008 – décembre 2009, p604.

⁷ L'adverbe notamment suppose que la liste n'est pas exhaustive.

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

Du moins, la réalisation du tatouage n'entre pas dans les champs de ces articles, mais les dessins réalisés à la main par l'artiste entrent dans le champ de l'article 98A. Alors, le régime fiscal et de sécurité sociale de l'artiste-tatoueur semble flou, car un seul pan de son art peut bénéficier d'une TVA spéciale et d'un régime de sécurité sociale spécial. Pour ce qui est de la réalisation du tatouage, le tatoueur est alors considéré comme un artisan, et son art une prestation de service, amenant une TVA et un régime social différent. On perçoit alors une première difficulté de la saisie du travail du tatoueur, compris comme artisan mais pouvant aussi l'être comme artiste-auteur ?

En ce sens remarquons la question du député Stéphane Viry à l'Assemblée Nationale en date du 28 avril 2020, concernant la taxe sur la valeur ajoutée spéciale propre à la cession de droits d'auteurs sur une œuvre (98 A annexe III CGI), le député demande quelles sont les mesures que le Gouvernement entend entreprendre puisque le tatouage peut être considéré comme une œuvre originale réalisée de la main du tatoueur, et ainsi prétendre entrer dans le champ d'application de l'article sur ce régime spécial de TVA. Une réponse favorable pourrait alors mener à une reconsidération du métier de tatoueur et aussi faire basculer leur régime fiscal vers celui des artistes-auteurs, ce qui serait une avancée en termes de reconnaissance artistique. Le député souligne d'ailleurs que le tatouage concerne 1 français sur 5. Nous sentons alors bien un basculement des mentalités et la pression du SNAT se fait sentir, les tatoueurs ont le souhait d'être considérés comme des artistes, ici pour des raisons fiscales plus qu'artistiques.

Néanmoins, il convient avant tout de s'interroger sur la possible protection par le droit d'auteur du tatouage comme œuvre originale.

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

CHAPITRE LIMINAIRE – LE TATOUAGE, ENTRE ŒUVRE DE L'ESPRIT ET CORPS HUMAIN

Le tatouage est alors intégré à une tension juridique. Celle qui se dessine entre protection absolue du droit d'auteur et protection absolue du corps humain par les droits au respect du corps humain et de la personnalité. C'est alors ces deux branches du droit civil qu'il faut entendre dans ce titre sous l'appellation « corps humain ». En effet, la difficulté intrinsèque à l'art du tatouage est que l'œuvre est fixée sur le corps d'une personne. Se posent nécessairement des interrogations quant à la cohabitation des protections juridiques en œuvre. Avant de s'intéresser plus en détail à la question de cette tension, il convient de s'intéresser à trois axes liminaires : l'originalité du tatouage (A), la titularité des droits d'auteur sur le tatouage (B) et enfin les droits au respect du corps humain et de la personnalité comme contreponds du droit d'auteur (C).

A. L'ORIGINALITE DU TATOUAGE

Il sera fait ici une présentation des différentes techniques de tatouage avec à chaque fois une recherche de l'originalité de la création. Il existe en effet plusieurs façons de travailler pour un tatoueur. Ces méthodes différentes rendent intéressante la question de l'originalité, selon le degré de liberté du tatoueur dans la composition du tatouage, l'œuvre ainsi créée peut ne pas être considérée comme une œuvre originale.

4. Originalité. Pour caractériser l'originalité, les auteurs sont assez d'accord. Peu importe que l'œuvre soit un tatouage ou non, il faut appliquer les mêmes raisonnements concernant l'originalité. L'approche de l'œuvre doit être casuistique. La casuistique est d'abord propre au droit d'auteur, l'originalité se découvre œuvre par œuvre. L'approche doit être casuistique aussi car il n'y a pas qu'une forme de tatouage, il y a en réalité plusieurs méthodes pour encrer, du moins dans sa réalisation artistique. On parle alors de « free hand », « walk-in » ou commande et flash. Malgré tout, le SNAT propose des faisceaux d'indices propres à l'univers du tatouage pour caractériser

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

l'originalité d'un tatouage. Cette proposition suit plus ou moins les principes de l'arrêt Painer⁸, à savoir la recherche de l'originalité dans les choix libres et créatifs de l'auteur exécutant son œuvre. Ainsi, pourraient être considérés le dessin d'origine, le style du tatouage, sa position sur le corps, le choix des couleurs, le traitement des tracés, la technique d'encrage et les outils pour réaliser le tatouage⁹.

5. Free-hand et originalité. Cette pratique serait la plus simple à concilier avec le droit d'auteur pour que l'œuvre produite soit protégée. Cette technique consiste à directement dessiner sur le corps de la personne un motif qui sera tatoué par la suite. Il convient alors de rechercher l'originalité concernant cette œuvre de façon classique, à savoir rechercher l'empreinte de la personnalité de l'auteur dans l'œuvre. Cette originalité, concernant le tatouage, peut alors être trouvée en suivant les principes de l'arrêt Painer¹⁰. Il convient donc de rechercher des choix libres et créatifs dans le motif et dans sa réalisation. Par réalisation, entendons le placement sur le corps, l'incorporation de l'œuvre sur le corps en suivant les lignes naturelles ou non, les encres utilisées, les aiguilles utilisées, l'épaisseur des traits... Ce faisceau d'indices servira à dégager l'originalité de l'œuvre dessinée à même la peau et directement encrée. Si l'œuvre produite est originale, alors le droit d'auteur s'appliquera.

L'originalité semble alors assez simple à découvrir puisque la technique du « free-hand », littéralement main libre, n'est peu voire pas contraignante pour le tatoueur. Celui-ci a alors carte blanche accordée par le client tatoué. Ce qui caractérise le « free-hand » est l'absence de stencil (dessin imprimé sur un papier stencil permettant un transfert d'encre sur la peau à la manière des tatouages éphémères). Le tatouage n'est pas préparé à l'avance, il naît sur la peau directement. Cette spécificité est une différence notable avec les deux autres méthodes de tatouage reposants sur la création d'un motif sur papier au préalable.

6. Flashs et originalité. Si la précision du travail préparatoire en amont du tatouage est posée, elle concerne alors principalement le flash. Ce terme désigne un tatouage déjà prêt, que le tatoueur est disposé à tatouer sur un client. Ce dessin peut alors être « commandé » directement au tatoueur qui l'appliquera sur la peau sans grands changements. Si le flash est important aux tatoueurs, c'est qu'il

⁸ CJUE Painer, 1^{er} décembre 2011 C-145/10.

⁹ Manifeste du SNAT pour le 10^e art.

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

est le reflet direct de leur personnalité, de leur vision du tatouage. D'ailleurs, d'entrevues avec des tatoueurs, tous préfèrent tatouer un flash plutôt qu'une commande. Cela reste compréhensible, le flash est la plus pure création du tatoueur. Concernant l'originalité, une subtilité se pose. En effet, le tatouage est alors la reproduction directe du flash papier. Dans ce cas, l'originalité doit-elle être recherchée dans le flash ou le tatouage ? Nous l'avons vu, en ce qui concerne le tatouage, pour rechercher l'originalité, il convient aussi de s'attarder aux choix libres et créatifs concernant la méthode de réalisation emprunts de la personnalité de l'auteur (typiquement, la réalisation au dactylographe ou à l'aiguille traditionnelle par exemple). A l'inverse, le flash en tant qu'œuvre plastique classique pourra être original à l'instar des autres œuvres picturales. Le motif aura alors toute son importance car la personnalité de l'auteur sera recherchée dans ce dernier. La réalisation du flash aura aussi son importance, dans le choix des couleurs, de l'interprétation des motifs traditionnels, de l'organisation générale du flash.

Pour autant, faut-il vraiment s'attarder sur tous les éléments du faisceau d'indices de l'originalité d'une œuvre picturale ? En effet, le choix de couleurs, méthodes de dessin (à la main, digital, à l'encre de chine...) qui pourrait être important pour définir l'originalité classiquement d'une œuvre picturale n'a pas vraiment d'importance concernant un flash. Paradoxalement, le flash a deux fonctions principales. L'une étant que le flash sert de modèle au tatouage, c'est alors un travail préparatoire de l'œuvre finale qu'est le tatouage. D'autre part, le flash peut très bien se suffire à lui-même comme œuvre, le flash sert à la fois de vitrine artistique mais aussi d'œuvre picturale comme on a l'habitude de rencontrer en musées par exemple.

7. Flash et rôle des travaux préparatoires, sont-ils les « originaux » et les tatouages de simples reproductions ? Cette distinction entraîne-t-elle une différence de traitement entre un original et sa reproduction pour le droit d'auteur ? En théorie aucune, les reproductions d'une œuvre originale couverte par le droit d'auteur donnent lieu à application des droits à l'auteur. En ce sens, nous pouvons faire un parallèle avec les sculptures, l'œuvre finale est l'œuvre coulée en bronze, pas celle en plâtre qui servira à réaliser celle en bronze. Pour autant, que l'auteur considère la sculpture en plâtre comme un travail préparatoire et non son œuvre n'a aucune incidence en droit d'auteur. En effet, le droit d'auteur peut s'appliquer concernant des travaux non terminés, des brouillons, des

¹⁰ Voir supra n°8.

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

esquisses. Il faut en réalité une fixation de l'œuvre de l'esprit qui soit originale. L'originalité trouvée dans un travail préparatoire se retrouve généralement sur l'œuvre finale. Ainsi, en sculpture, la version de plâtre sera identique à la version de bronze, seul le matériau change. En peinture, une esquisse servira de base pour l'œuvre finale, les traits seront sensiblement les mêmes, la composition identique, seules les couleurs viendront faire une différence originale entre les deux versions. Également, en littérature, les manuscrits préparatoires et autres brouillons peuvent être originaux, bien que parfois éloignés de la version définitive de l'œuvre. Par exemple, les brouillons de Flaubert sur son œuvre Madame Bovary pourraient être qualifiés d'originaux en certains chapitres qui ont par la suite été modifiés, raccourcis ou même supprimés (pensons à la scène du fiacre qui en plus d'avoir été difficile à écrire pour Flaubert a été censurée et modifiée dans la première version du roman).

Ce serait alors appliquer les critères de l'originalité de manière froide, presque objective. Cependant, l'originalité est la recherche de la personnalité de l'auteur en son œuvre. L'auteur, le sculpteur, le peintre et a fortiori le tatoueur ont une œuvre finale en tête, le travail préparatoire est alors un moyen d'y arriver. L'auteur ne considère alors pas son travail préparatoire comme son œuvre finale originale, au contraire. Cette question de considération de l'œuvre finale peut aussi se retrouver avec la question de la fixation de l'œuvre, a priori objective. Pour le droit d'auteur, la fixation de l'œuvre sur un support suffit, que le support soit un brouillon ou non. Pourtant, l'auteur ne considère pas forcément cette première fixation comme « LA » fixation de son œuvre de l'esprit. La sculpture de plâtre encore une fois n'est qu'un moyen permettant de réaliser la sculpture de bronze, œuvre finale. Le droit d'auteur ne fait aucune distinction, et en un sens c'est peut-être pour le mieux. Qu'importe la volonté de l'auteur, son travail sera protégé si celui-ci est original, qu'il soit préparatoire ou final.

De plus, même si techniquement le tatouage serait une reproduction du flash, il n'y a aucune conséquence en droit d'auteur. En ce sens, un arrêt la cour d'appel de Gand ¹¹ souffre d'une erreur de traduction. Le flash est certes original et le tatouage une reproduction de celui-ci, pour autant cela ne veut pas dire que la reproduction n'est pas couverte par le droit d'auteur comme le juge semble indiquer. L'atteinte à « l'original » de l'œuvre ou sa reproduction est identique pour le droit d'auteur : cela reste une atteinte à des droits de propriété littéraire et artistique. Que le flash ou le tatouage soit atteint entraîne donc en théorie la même application du droit d'auteur.

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

8. Flash autonome. Ambiguïté du flash, ce dernier sert aussi de vitrine du talent du tatoueur, de ses qualités de dessinateur, de son « originalité » (dans le sens de son individualité par rapport à d'autres tatoueurs). Le flash a vocation à être communiqué au public, il est sur les réseaux sociaux, dans les livres de flash, dans les shops. Le flash, original, serait alors une œuvre de l'esprit originale autonome, accordant des droits au tatoueur, notamment le droit de reproduire l'œuvre, ce qu'il fait ensuite en le tatouant sur la peau. Le flash n'est alors pas uniquement un travail préparatoire ayant pour finalité l'encre sur la peau, il est une œuvre à part entière et donc peut être protégé si original. Il est d'ailleurs courant que ces flashes soient exposés par les tatoueurs eux-mêmes, considérés comme des œuvres d'art pictural traditionnelles. Il y a donc une certaine porosité entre le monde de l'art pictural et le monde du tatouage, ce qui facilite l'appréhension de son originalité. En effet, si l'on considère un flash original selon le droit d'auteur, alors sa reproduction sous forme de tatouage devrait être, par conséquent, une œuvre originale protégée par le droit d'auteur.

9. Motifs traditionnels et folklore. Il y a de grandes questions autour des motifs dits « traditionnels », la difficulté étant de reconnaître l'apport créatif du tatoueur sur un modèle éculé. On peut aussi se poser la question de la reprise de folklores. En effet, si l'on pense à la genèse des tatouages, ceux-ci sont avant tout tribaux et ayant des significations religieuses. Ils sont une marque corporelle montrant alors l'appartenance à un clan, à un groupe de croyance, ce que peuvent révéler les tatouages maoris. Ils peuvent aussi, comme dans la culture viking, servir de « marqueur temporel », désignant des rites de passages dans la vie d'un homme ou d'une femme. Plus proche de nos époques, avec la découverte de nouveaux territoires et le début du colonialisme, ce sont alors les marins qui s'approprient la culture du tatouage. Les motifs traditionnels marins ont alors des significations liées au temps passé en mer, aux habitudes du marin, aux voyages effectués et aux personnes rencontrées. Ainsi, les traditionnelles hirondelles, navires, nœuds et ancres sont « gagnés » au cours des voyages, et l'expérimentation d'un marin se reconnaît alors visuellement. L'originalité de tels motifs ne peut alors pas découler du choix du motif lui-même. Faisons un parallèle, décider d'obtenir un tatouage traditionnel marin reviendrait, en peinture, à réaliser une toile reprenant un

¹¹ Cour d'appel Gand, 5 janvier 2009, n°2007/AR/912

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

poncif comme Marie et l'enfant. De plus, le folklore est défini comme un « patrimoine vivant¹² ». Le folklore est alors le résultat d'une activité collective contribuant au développement collectif et continu de ce folklore, ou « résultat d'un constant et lent processus impersonnel d'activité créatrice exercée par voie d'imitation consécutive au sein d'une communauté ethnique¹³ ». Il est presque impossible de déterminer la première réalisation d'un motif folklorique tant il est repris et continu, transmissif et évolutif.

Ce n'est alors pas le motif lui-même qui caractérisera l'originalité, mais bien la technique utilisée et les choix libres et créatifs de l'auteur pour interpréter ce motif¹⁴. Alors, tant que le motif n'est qu'une inspiration et non une copie conforme et qu'on retrouve un effort créatif, alors le tatouage semblera original. En ce qui concerne donc les motifs traditionnels et folkloriques, le tatouage n'est pas différent d'autres œuvres d'art. Le droit d'auteur considérera son originalité au regard de la technicité et des choix de l'auteur, non pas au regard du motif réalisé. En ce sens, les tatoueurs dits « traditionnels¹⁵ » ne considèrent pas leur tatouage original. Pour eux, tout n'est qu'une reprise de modèles éculés. Pourtant, ils ne considèrent pas leur apport technique dans le choix par exemple de l'outil, dans le placement sur le corps, dans le choix des couleurs, la taille, la réalisation des traits.

10. Commande « walk-in » et originalité. Une des méthodes de tatouage est le « walk-in » ou bien la commande. Assez simplement, un client prend contact avec un tatoueur soit pour lui soumettre une idée de tatouage, soit pour lui demander de « recopier » un motif sur son corps. Cependant, cette simplicité théorique renferme plusieurs points à soulever concernant cette méthode de tatouage.

11. Commande via soumission d'une idée de motif. Dans le cas où le client soumet une idée de motif au tatoueur, la question de l'originalité est aussi posée. En effet, le client ne vient pas avec un motif déjà fixé, comme dans le cas d'un flash par exemple. Au contraire, il consulte un tatoueur dans le but d'obtenir un motif assez précis, selon les recommandations du client. Alors, le tatoueur pourra expérimenter et proposer plusieurs motifs, dont certains peuvent être originaux selon le droit d'auteur. La recherche de l'originalité se fera assez classiquement et se basera sur un dessin

¹² Silke Von Lewinski, Le Folklore, les savoirs traditionnels et les ressources génétiques : sujet débattu dans le contexte de la propriété intellectuelle.

¹³ Masouyé, La protection des expressions du folklore : RIDA 1983, n° 11, p. 115.

¹⁴ CJUE Painer 1^{er} décembre 2011 C-145/10.

¹⁵ Ces tatoueurs sont spécialisés dans la réalisation de motifs dans un style reprenant les traditions de la marine ou le style « old school » américain.

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

préparatoire soumis au client. L'originalité découlera alors de la réalisation du motif, son interprétation par le tatoueur, le choix des formes, de l'orientation, des couleurs, de la technique d'encrage. Ce constat est à mettre en parallèle avec les autres œuvres d'art de commande. En effet, quand bien même un client commande à un peintre un tableau, le tableau n'est pas d'office frappé d'absence d'originalité. L'originalité découle de la réalisation de l'œuvre, non pas de la circonstance que celle-ci soit commandée ou faite *ex nihilo*. En revanche, le client dans le cadre du tatouage aura son mot à dire, les recommandations et avis du futur tatoué sont à prendre en compte par le tatoueur. Ainsi, le tatoueur n'est pas toujours entièrement libre dans ses choix créatifs. Sa réalisation peut être bridée voire dictée par le client. Ainsi, l'originalité devra être comprise selon les marges de manœuvres créatives du tatoueur laissées par le tatoué, qui peuvent être comprises par la technique de tatouage, l'orientation, les aiguilles utilisées, l'encre. Cela reste donc assez classique pour apprécier l'originalité d'une telle œuvre dictée par des contraintes extérieures à l'auteur. En ce sens, nous retombons sur les critères posés par l'arrêt Painer, et une démonstration peut être faite quant à une œuvre dictée par des contraintes dans l'arrêt de la Cour de cassation chambre civile 1 du 31 janvier 2018¹⁶, « l'apport créatif et original d'Albert A... puis de M. E... ne pouvait être retenu dès lors qu'il n'était pas établi que leurs décisions ont traduit une démarche artistique révélatrice de leur personnalité puisque les choix opérés ont été plus contraints par la technique et la nature des lieux qu'arbitraires. »

12. Commande via présentation d'un motif préexistant. Une autre façon pour le client d'obtenir un tatouage est de proposer au tatoueur un motif préexistant. Dans ce cas, le tatoueur est sommé de reproduire le motif sur le corps du client sans grande marge de manœuvre créative. Le motif proposé peut alors être une création originale du client. Dans cette hypothèse, le tatoueur n'est sollicité que pour son savoir-faire artisanal à savoir tatouer une peau humaine. En ce sens, un arrêt de la Cour de cassation chambre civile 1 du 22 janvier 2009 à propos de fragrances de parfum¹⁷ « qui procède de la simple mise en œuvre d'un savoir-faire, ne constitue pas la création d'une forme d'expression pouvant bénéficier de la protection des œuvres de l'esprit par le droit d'auteur. » Malgré tout, la mise en œuvre d'un savoir-faire n'exclut pas d'office l'originalité. L'originalité doit tout de même être recherchée et

¹⁶ N° de pourvoi 15/28352

¹⁷ N° de pourvoi 08-11.404

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

la personnalité de l'auteur doit être trouvée dans l'œuvre. La difficulté étant dans notre cas que le tatoueur n'est sollicité que pour l'utilisation de son art, pour recopier un motif sur un corps. Malgré cela, comme précédemment évoqué, la personnalité de l'auteur peut être reconnue dans d'autres éléments que le motif, par les choix créatifs du tatoueur (ici principalement la technique de tatouage, l'encre, l'orientation). En ce sens, un arrêt relatif à la photographie de la Cour de cassation civile 1 15 mai 2015¹⁸ « au-delà du savoir-faire d'un professionnel de la photographie, une démarche propre à son auteur qui portait l'empreinte de la personnalité de celui-ci ». Encore une fois, les principes en matière d'originalité de l'arrêt Painer sont à prendre en compte. Une œuvre commandée par un client, que le motif soit préexistant ou non, n'est pas *de facto* non-originale. Le propre de l'originalité est d'être découverte de manière casuistique, dès lors il convient d'apprécier ou non l'originalité en tout tatouage, sa genèse étant un indice.

B. LA TITULARITE DES DROITS D'AUTEUR SUR LE TATOUAGE

Une fois que le tatouage est considéré comme protégé, il faut encore se demander qui est titulaire de droits d'auteurs à son encontre. Encore une fois, selon les techniques de tatouage, la question peut plus ou moins être facilement traitée. C'est ce que nous allons envisager maintenant.

13. La titularité du droit d'auteur sur le tatouage. Toutes ces démonstrations concernant l'originalité amènent une autre question qui est celle de la titularité. Si les techniques de « free-hand » et de flash ne posent pas spécialement de problèmes, la question du tatouage commandé soulève des interrogations quant à la titularité.

14. Free-hand et flash. Nous l'avons vu, ces techniques ont un point commun qui est que le tatoueur auteur réalise seul son motif, entièrement libre dans ses choix créatifs. Qu'il y ait un travail préparatoire ou une exécution du motif préexistante n'importe peu, ce qui compte réellement pour la titularité est la question de savoir qui réalise ce motif. Certes, le futur tatoué peut décider de l'emplacement du tatouage, ou demander quelques retouches personnelles au motif présenté, mais la réalisation du motif est entièrement celle du tatoueur. Alors, si le motif et sa réalisation sont originaux et résultent de la création du tatoueur, celui-ci sera investi en théorie de droits d'auteur sur cette œuvre.

¹⁸ N° de pourvoi 13-27.391

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

15. Commande. L'épine se trouve dans le tatouage réalisé sous commande. En effet, le tatoueur n'a pas la main mise sur l'idée première. Pour autant, cela n'influe pas directement sur l'originalité de l'œuvre puisque les idées sont de libre parcours comme disait Henri Desbois. Avec une œuvre de commande, nous avons plusieurs hypothèses à étudier selon qu'un motif soit préexistant ou non.

16. Commande et idée de motif. Dans notre premier cas, le client n'a que l'idée du motif qu'il souhaite faire réaliser par le tatoueur. Nous l'avons vu, ce dernier peut être original selon la marge de manœuvre créative laissée au tatoueur. Pour autant, qui est investi des droits d'auteur sur l'œuvre ? Rappelons-le, le client garde un contrôle fort sur l'œuvre produite, c'est lui qui soumet les idées à réaliser, qui valide ou non les motifs, qui choisit l'emplacement sur son corps et qui finance l'œuvre. Voyons au travers d'hypothèses concrètes qui serait titulaire de droits d'auteur.

17. Commande et originalité du motif. Pour y répondre, partons d'un postulat que l'œuvre commandée selon l'idée d'un client et la réalisation d'un tatoueur est originale tant dans le motif que dans sa composition. L'article L113-1 du CPI sert alors de base doctrinale et jurisprudentielle pour connaître de la titularité. Si l'article dispose que la qualité d'auteur est présumée à la personne divulguant l'œuvre sous son nom, cet article a permis d'autres précisions quant à la qualité d'auteur. Un arrêt de la Cour de cassation chambre civile 1 du 8 novembre 1983¹⁹ nous apprend que « *la qualité d'auteur ne peut être reconnue à la personne qui s'est limitée à fournir une idée ou un simple thème.* » mais le TGI de Paris, 4 juillet 2001 de dire « reconnaissant la qualité d'auteur à des personnes qui ont [...] « participé à la mise en forme des œuvres en concevant leur composition et en contrôlant leur exécution » bien que les toiles aient été exécutées par un autre ». Le client en matière de tatouage contrôle la composition et l'exécution du motif en le validant ou non, le tatoueur est lié. En l'état, la qualité d'auteur reconnue au tatoué uniquement semble difficile et suppose alors que cette personne ait un rôle déterminant dans la réalisation matérielle du tatouage. En ce sens et pour compléter, ajoutons que la reconnaissance du statut d'auteur a été attribuée, en matière de photographies, à la personne choisissant le sujet, le moment, le lieu ou l'angle au détriment de la personne qui appuie sur le bouton de l'appareil, voir en ce sens un jugement du TGI de Paris, 6 juillet 1976²⁰. Appliqué au tatouage, peut-être que le tatoueur, n'ayant qu'un rôle purement matériel

¹⁹ N° de pourvoi 82-13.547

²⁰ RIDA p.190; RTD Com. 1977 p.117

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

d'exécutant d'une œuvre, tel un outil, n'aurait pas de droits sur le tatouage qu'il réalise mais plutôt le client qui serait investi de ces droits.

18. Commande et originalité de réalisation. Autre hypothèse, cette fois l'œuvre réalisée est originale non pas par le choix du motif mais par la composition du tatouage et particulièrement sa réalisation technique. Dans cette hypothèse, c'est alors le travail du tatoueur qui est à la base de l'originalité, ses choix dans la création de l'œuvre sont emprunts de sa personnalité (encre, aiguilles, technique, orientation, composition). Dans ce cas, et sans grande difficulté, l'auteur matériel de l'œuvre, celui qui l'aura réalisée, le tatoueur, devrait être investi de droits sur ce tatouage. En ce sens, un arrêt de la Cour de cassation, chambre civile 1 du 17 octobre 2000²¹, « la qualité d'auteur d'une œuvre ne peut être attribuée à une personne physique que s'il est établi que cette personne a personnellement réalise l'œuvre. »

19. Commande et œuvre collective, articles L113-2 et L113-5 ? Une question se pose quant à savoir si le client pourrait être investi de droits d'auteurs au motif qu'il est le « maître d'œuvre » du tatouage. En effet, le client finance et dirige la création du tatoueur, et ce dernier « aliène » sa liberté créatrice au profit des directives du client. Ce choix de mot n'est pas anodin, il renvoie plutôt à un arrêt de la Cour de cassation, chambre civile 1 du 24 mars 1993 ²²qui nous apprend qu'il « suffit que [le maître d'œuvre] ait demandé la création de l'œuvre collective et qu'il l'ait divulguée et exploitée ». Dans notre cas, le client commande l'œuvre et donc sa création. De plus, en l'arborant sur sa peau, il contribue à la divulgation de celle-ci et « l'exploite » puisque le tatouage orne désormais son corps et donc sera présent sur des photographies de sa personne. Il peut aussi le montrer à son entourage. Cependant, l'œuvre collective suppose une pluralité d'apports confondus en une œuvre. Or dans notre cas, le seul apport vient du tatoueur. Il y a dès lors une unicité de réalisation de l'œuvre qui peut être attribuée et reliée à un seul auteur identifiable. En effet, la condition première de l'œuvre collective est que « les contributions personnelles doivent se fondre dans un ensemble en vue duquel elles ont été conçues, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun un droit indivis sur l'ensemble réalisée »²³. A contrario, si l'œuvre réalisée peut être attribuée à une contribution personnelle, ici celle du tatoueur, alors l'œuvre ne peut être caractérisée de collective.

²¹ N° de pourvoi 97-22.259

²² N° de pourvoi 91-16.543

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

Alors, bien que le client finance et dirige la création du tatouage, l'absence d'une pluralité d'auteurs pour la réalisation de l'œuvre empêche ce client d'être titulaire des droits d'auteurs sur le tatouage original.

20. Commande et motif préexistant. Il arrive aussi que le client propose à son tatoueur un motif déjà réalisé. Le tatoueur est alors un simple exécutant, reproduisant le modèle dans la peau. Ici, l'originalité découlerait alors plutôt du motif en lui-même plus que dans la réalisation, puisque cette réalisation est dictée par le futur tatoué. La titularité de droits d'auteur sur le tatouage résultant d'une reproduction du motif préexistant devrait alors être accordée à l'auteur de ce motif. En un sens, c'est le droit d'auteur compris classiquement concernant les œuvres d'art pictural. Alors, dans le cas où le motif est original bien entendu, à savoir que la personnalité de son auteur est imprégnée dans le motif ou, si le motif est dit plus traditionnel, dans la réalisation de celui, l'auteur du motif aura en théorie des droits d'auteur sur ce motif. Cela signifie donc que le tatoueur ne peut obtenir de droits d'auteurs sur la réalisation du tatouage car il n'a qu'un rôle de « copiste ». Dès lors, trois options sont à envisager.

21. Motif préexistant original réalisé par le futur tatoué. Soit le motif original est réalisé par le tatoué lui-même, alors il sera investi des droits sur l'œuvre mais aussi sur ses reproductions. Il aura donc toutes les prérogatives du droit d'auteur et le tatoueur ne pourra pas s'en prévaloir du fait d'avoir concrètement fixé le motif dans la peau. Notons aussi qu'en théorie, le titulaire de droit d'auteur qui autorise la reproduction de son œuvre sur un autre support doit donner son accord, accord dont la preuve doit être apportée par écrit²⁴. En toute logique et en continuant ce raisonnement, le tatoué auteur du motif devrait céder formellement le droit de reproduction au tatoueur. Ce n'est ici bien entendu que de la théorie juridique, car en pratique, le tatoué autorise cette reproduction tacitement via le contrat de service du tatoueur. Cette précision a tout de même du sens, le tatoueur n'a pas en pratique le droit, expressément reconnu par écrit, de reproduire l'œuvre du client sur sa peau. Dès lors, bien que ce scénario soit très improbable, un client mécontent pourrait en théorie se retourner contre son tatoueur en estimant que celui-ci n'avait pas le droit de reproduire le motif sur sa peau. Malgré tout, qu'en sera-t-il de la réception de l'action en contrefaçon à l'encontre

²³ Cour de cassation, Civ 1, 6 novembre 1979, n°77-15.267

²⁴ Article L131-2 alinéa 2 du CPI

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

d'un tatoueur choisi par le tatoué dans le but de reproduire le motif sur sa peau ? Les chances de réussites semblent faibles et en tout état de cause aucune jurisprudence n'existe sur le sujet. La preuve écrite de la cession ne sera alors pas apportée mais la cession pourrait être comprise par le contrat de tatouage, à savoir la reproduction du motif uniquement sur la peau du tatoué, ce qui constituerait une cession expresse et explicite de l'étendue de la cession, pouvant ainsi entrer dans le champ de l'article L131-3 du CPI.

22. Œuvre de collaboration entre le tatoueur et le tatoué ? L'œuvre de collaboration est l'œuvre créée suite à une pluralité d'apports créatifs concertés et conduits en commun, en ce sens un arrêt de la Cour de cassation, chambre civile 1 du 18 octobre 1994²⁵. Cela correspondrait dans nos hypothétiques rapports tatoué/tatoueur à avoir un motif préexistant réalisé par le tatoué qui serait par la suite retravaillé de concert par le tatoueur. C'est d'ailleurs assez commun, le tatoué propose un motif qui est ensuite sublimé par le tatoueur. L'apport créatif du tatoué doit donc être original et l'apport du tatoueur, dans des modifications propres à réaliser un tatouage original, doit être concerté. Ce travail commun peut d'ailleurs être déduit de la communauté d'inspiration et de but poursuivi par les deux auteurs, en ce sens un jugement du TGI de Nanterre du 6 mars 1991. Alors, le but poursuivi étant la réalisation du tatouage, chaque auteur travaille de concert afin de réaliser le tatouage parfait. Selon le bon vouloir du client, l'apport créatif du tatoueur sera plus ou moins grand. Ce dernier pourra ajouter plus ou moins d'éléments originaux au motif proposé par le client. Pour autant, cela n'a en droit que peu d'incidence comme le souligne la jurisprudence de la Cour de cassation, chambre civile 1 du 2 avril 1996²⁶. D'ailleurs, quand bien même le tatoueur n'apporterait que de la couleur au tatouage lorsque le motif était en noir et blanc, une certaine originalité pourrait être reconnue comme pour un illustrateur pour le dessinateur de bande dessinée. Le tatoueur pourrait alors avoir un statut de coauteur partagé avec le tatoué sur le tatouage réalisé.

Une distinction doit tout de même être réalisée quant à l'objet du droit d'auteur. Certes, les deux sont coauteurs du tatouage, il n'empêche que le motif préexistant, réalisé par le tatoué, sera une contribution d'un genre différent de celui du tatouage. Dès lors, selon l'article L113-3 CPI, le tatoué

²⁵ N° de pourvoi 92-17.770

²⁶ N° de pourvoi 94-14.203. Un éventuel déséquilibre quant à l'importance des contributions n'exclut pas non plus, en soi, la qualification d'œuvre de collaboration, puisqu'elle est la propriété commune des coauteurs indépendamment de l'importance ou du mérite de leurs apports respectifs.

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

pourrait exploiter seul son motif papier. En effet, dès lors que les apports sont identifiables, chaque auteur peut exploiter seul sa propre contribution. Seule l'indivision des créations, résultat final du tatouage, est partagé dans l'exercice des droits entre les deux coauteurs, à savoir le tatoueur et le tatoué.

23. Motif original préexistant et artiste tiers. Une autre possibilité est que le motif préexistant ne soit pas l'œuvre du client mais d'un artiste tiers. Imaginons que l'artiste ait réalisé le motif dans le but que le client se le fasse tatouer, ou bien que cet artiste accepte que le client tatoue son motif, alors il n'y aurait pas de problèmes apparents. Le tatoueur effectuerait uniquement un travail de reproduction sur la peau du tatoué et l'artiste ayant réalisé le motif original serait en théorie investi de droits d'auteur sur cette reproduction lorsque le motif est original de prime abord. La difficulté vient surtout du fait que, bien souvent, le motif est repris par le tatoué sans l'accord de l'artiste l'ayant réalisé. En effet, bon nombre de tatouages reprennent par exemple la Fille au ballon de Banksy, ou bien des personnages connus de films d'animation Disney. Pour autant, en ce qui concerne Banksy, il est très peu probable que celui-ci donne une autorisation directe au futur tatoué pour que celui-ci reproduise son œuvre dans sa peau. La reproduction non autorisée par son auteur d'une œuvre entrerait alors dans le champ de la contrefaçon. Cette hypothèse sera alors détaillée plus tard, sachons seulement que ce cas de figure est possible et courant.

24. Œuvre composite ? Lorsque le motif est préexistant, le tatoueur peut prendre des libertés et modifier le motif. Celles-ci peuvent être commandées par la nécessité, par exemple le choix de couleurs sur une peau diaphane sera différent de celui d'une peau mat. Les modifications peuvent aussi être prises par souci créatif du tatoueur qui apporte alors sa touche personnelle validée par le client. Précisons alors que l'apport du tatoueur peut être original selon ses choix. Dès lors, l'œuvre préexistante, supposons-la originale, est modifiée pour en créer une nouvelle sans apport créatif concerté du tatoué. Nous serions alors confrontés à une œuvre composite comprise par les articles L113-2 et L113-4 du CPI. L'emprunt d'éléments formels d'une œuvre protégée pour en créer une nouvelle serait alors assez simplement constaté. Un accord de l'auteur de l'œuvre première est cependant nécessaire mais celui-ci peut être recueilli après la réalisation de l'œuvre composite. Le tatoueur devra alors, s'il apporte des modifications, respecter les droits d'auteur sur l'œuvre servant de base. Si le motif est la création première du futur tatoué et que celle-ci est modifiée par le tatoueur, que cette modification apportée est originale de sorte qu'une œuvre composite est créée, chacun aura

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

des droits d'auteurs concurrents. Le tatoueur aura des droits sur l'œuvre composite réalisée et le tatoué sur le motif préexistant. Pour autant, le tatoueur n'aura aucun droit sur le motif préexistant et le tatoué aucun sur le tatouage réalisé. Cette concurrence sera donc assez subtile en pratique, une photographie du tatouage sera sous le joug du droit d'auteur du tatoueur, mais la reproduction du motif préexistant par un autre tatoueur concernera le droit d'auteur du tatoué.

Cette gymnastique est d'ailleurs d'autant plus complexe lorsque le motif n'est pas la création du client. En effet, il faudra obtenir l'accord de l'artiste premier pour la reproduction modifiée de son œuvre sur le corps d'une personne. Dans notre exemple de Banksy, avant ou après tatouage modifiant sa Fille au ballon, il faudrait obtenir son autorisation pour l'utiliser comme base de création. Sur les réseaux sociaux comme Instagram, de nombreux artistes plastiques ont d'ailleurs des avis sur la question. Certains, comme Jeremy Fish, artiste californien, autorisent publiquement la reprise sous forme de tatouage de leurs œuvres en échange d'une photographie de ce dernier. D'autres encore l'autorisent à condition de contribuer financièrement à leur art. La nouvelle vague artistique très présente sur les réseaux sociaux est généralement assez ouverte à ces reprises par des tatoueurs. Pour autant, cette décision revient toujours à l'artiste de l'œuvre première et lui est discrétionnaire.

Dernier exemple, So Me, graphiste pour le label musical Ed Banger, a réalisé de nombreuses pochettes d'album notamment pour le groupe français Justice. L'une des plus emblématiques est alors une croix géante caractéristique du groupe. Lors d'une interview²⁷, il explique alors que ce motif a souvent été tatoué et que certaines personnes lui demandaient son autorisation pour le tatouage, ce qu'il refusait systématiquement car la mode du tatouage était beaucoup plus marginale. Il est vite revenu sur cette décision car, selon ses mots, il a été « débordé » par une vague de tatouages lorsque cette pratique s'est démocratisée. De nombreuses personnes arboraient ainsi la croix qu'il avait réalisé, faisant fi de toute autorisation préalable de So Me. Cet exemple témoigne d'une chose, l'auteur d'une œuvre ne peut pas contrôler la destination de son œuvre lorsque celle-ci est reprise sous forme de tatouage. Cela s'explique en partie car le corps d'une personne sert de support à la reproduction et que cette personne est sujet de droits.

²⁷ Papier-Crayon : l'interview de So Me, le graphiste d'Ed Banger, Konbini, 31 août 2017, disponible sur YouTube, consultée en mars 2020.

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

C. LES DROITS AU RESPECT DU CORPS HUMAIN ET DE LA PERSONNALITE, CONTREPOIDS DU DROIT D'AUTEUR ?

Nous avons alors constaté qu'un tatouage pouvait être protégé par le droit d'auteur. En théorie, si le support n'importait pas, nous aurions ici un schéma classique du droit d'auteur : l'œuvre est protégée, son auteur détient alors un monopole d'exploitation sur son œuvre. Cependant, dans le cadre du tatouage, le corps humain, support de l'œuvre, apporte son lot de complexité. Nous allons donc envisager les droits au respect du corps humain et de la personnalité comme potentiels contrepoids au droit d'auteur. Si en effet ces droits forment une sorte de barrière au droit d'auteur, nous pourrions alors en tirer une problématique.

24. L'autonomie personnelle. L'arrêt de la CEDH Pretty contre Royaume-Uni 2002. Cet arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme concerne la question de la fin de vie. Cependant, au cours des développements faits par la Cour, le principe de l'autonomie personnelle émerge de l'article 8 de la CEDH sur la vie privée. Ce droit à l'autonomie personnelle permet à l'individu d'exiger une absence d'intervention de l'État afin que ce qu'elle souhaite s'infliger soit respecté. En l'espèce, il était question d'un suicide assisté, bien loin de l'effraction cutanée du tatouage. Pourtant, ces principes d'autonomie personnelle et d'autodétermination justifient les atteintes corporelles, « la Cour observe que la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne. » Entre donc dans son champ toute pratique dommageable sur sa personne entrant dans le cadre de la vie privée, donc notre tatouage. Ainsi, l'atteinte à ce qu'on pourrait appeler la dignité du corps humain est possible sous couvert de l'autonomie personnelle. Notons tout de même que cette notion de dignité est évolutive et liée aux mœurs de la société, ce qui était possible avant ne le sera pas forcément demain²⁸. Le droit à l'autodétermination est alors, selon la Cour, la faculté qu'une personne a de mener sa vie comme elle l'entend, impliquant donc ses choix concernant l'aspect de son corps, recouvert ou non de tatouages.

²⁸ La pratique du lancer de nain a été jugée contraire à la dignité humaine par la décision Morsang-Sur-Orge de 1995 du Conseil d'État.

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

25. Les droits couvrant le corps humain. Le corps humain est protégé par le droit français. Il est alors une chose particulière puisqu'il est lié à la personne physique, sujet de droits. Dès lors, les articles 16-1 et suivants du Code Civil²⁹ protègent le corps humain. Il est indisponible, inviolable et exclu du champ patrimonial. Les dispositions étant d'ordre public, nul ne saurait porter atteinte à ces principes protecteurs. C'est d'ailleurs suite à ces principes que la prostitution est interdite, mais aussi des questions encore en cours comme la gestation pour autrui. La procréation médicalement assistée était d'ailleurs longtemps discutée toujours au regard de ces principes qui sont interprétés en fonction des mœurs de la société, ce qui suppose des évolutions. Ces principes protecteurs renvoient d'une certaine manière à une dignité du corps humain, dignité tirée de la dignité humaine elle-même par le Professeur Loiseau³⁰ mais aussi M. Prieur³¹. La justification de la certaine dignité du corps et donc sa certaine réification vient donc du lien incident avec la personne, protégée par la dignité humaine de manière large.

Cette protection du corps humain n'est pas uniquement sur le corps lui-même, mais sur ses produits aussi, ce qui est légiféré par la deuxième loi de 1994³². Les produits du corps sont donc eux aussi soumis au même régime de protection, ce qui explique par exemple l'absence de rémunération pour un don du sang ou tout autre don d'organe. La jurisprudence³³ a d'autant plus étendu la protection accordée au corps humain une fois la personne décédée. En effet, le cadavre est lui aussi une chose sacralisée par le droit. Le législateur ira par la suite dans le sens de la jurisprudence et la protection du cadavre est alors assurée légalement³⁴. Le cadavre devient lui aussi une chose particulière puisque lié inévitablement à une personne.

Dès lors, le corps humain vivant ou non est protégé par des principes qui semblent à première vue incompatibles avec la pratique du tatouage, qui peut être considéré comme une « effraction

²⁹ Issus des lois bioéthiques de 1994 : n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain et n°94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

³⁰ « Le respect de la dignité de la personne commande que son corps ne soit pas lui-même traité comme un simple moyen » Pr. Loiseau, Typologie des choses hors du commerce, RTD Civil 2000.

³¹ « Le corps est digne parce qu'il est humain », Prieur, La disposition par l'individu de son corps, thèse Bordeaux : Les études hospitalières 1999.

³² n°94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

³³ Conseil d'État Assemblée 2 juillet 1993 Milhaud pour une reconnaissance indirecte de cette dignité de la dépouille et Cour de cassation Civ 1 20 décembre 2000 n°98-13.875 pour une reconnaissance directe.

³⁴ Article 16-1-1 du Code Civil, créé par la loi n°2008-1350 du 19 décembre 2008.

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

cutanée³⁵». Le tatouage par essence revient à modifier l'apparence du corps humain en incorporant de l'encre sous la peau d'une personne contre rémunération. Le tatouage contreviendrait alors à l'indisponibilité et l'inviolabilité du corps humain par sa pratique. De plus, le corps tatoué en servant de « vitrine » au tatoueur serait alors utilisé dans un champ patrimonial puisque le tatoueur va pouvoir capitaliser sur le tatouage réalisé et exposé³⁶.

26. Le droit à la vie privée et le droit à l'image. Le corps n'est pas la seule chose protégée en ce qui concerne le tatouage. En effet, le « support » étant le corps d'une personne physique, les droits et principes ayant trait à la personnalité sont alors concernés aussi. Si nous reprenons ce que disait M. Prieur, « Le corps est digne parce qu'il est humain³⁷», le corps et la personne sont très liés. Cela se comprend aussi au regard de la protection spéciale accordée au corps. Dès lors, le corps et la personne étant indissociables, il faut aussi s'intéresser aux autres droits de la personnalité à savoir le droit au respect de sa vie privée garanti par l'article 8 de la CEDH dont découle le droit à l'image³⁸. En droit français, cette protection est accordée par l'article 9 du Code Civil. Ces deux aspects d'un droit visant à une certaine sérénité de la personne ont alors vocation à s'appliquer lorsque la personne est tatouée. Si le respect de la vie privée n'est pas contrarié par la pratique même du tatouage, un tatoueur entièrement protégé par le droit d'auteur pourrait en théorie inférer dans la vie privée de la personne tatouée en faisant valoir ses différentes prérogatives. Cette inférence dans la vie privée d'une personne est d'autant plus interdite lorsqu'il s'agit du monde du travail. En effet, refuser d'employer³⁹ ou licencier⁴⁰ une personne sans autre motif que la présence de tatouages sur son corps est une discrimination.

27. Identification d'une personne et tatouage. Le droit à l'image quant à lui peut aussi être invoqué par une personne tatouée pour limiter les prérogatives qu'un tatoueur auteur pourrait invoquer. L'œuvre étant sur son corps, le tatoué pourra refuser certaines reproductions de sa personne. Le droit

³⁵ Jacques Larrieu, Le tatoueur, le tatoué, le tatouage et le droit d'auteur, études en l'honneur du professeur Jérôme Huet, LGDJ, 2017.

³⁶ Entendons exposition de la photographie du tatouage.

³⁷ Voir supra n°31.

³⁸ CEDH Von Hannover c/ Allemagne, 2004 n°59320/00, le droit à l'image est tiré de l'article 8 de la CEDH assurant la protection de la vie privée.

³⁹ L'article L1221-6 du Code du Travail en ce sens nous indique qu'il faut juger un candidat uniquement par des informations utiles l'appréciation d'aptitudes professionnelles. Un tatouage n'en fait donc pas partie. L'article L1132-1 du même code précise qu'aucune personne ne peut être écarté lors d'une procédure de recrutement en raison notamment de son apparence physique.

⁴⁰ Le licenciement pour cause de tatouage n'est lui non plus pas possible.

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

à l'image est compris comme la protection de tous les éléments qui permettent d'identifier une personne, que ce soit par images ou par sons. Ainsi, l'image d'un individu est l'un des attributs principaux de sa personnalité du fait qu'elle exprime son originalité et lui permet de se différencier de ses pairs⁴¹. Une des conditions de la mise en œuvre du droit à l'image est le caractère reconnaissable de la personne représentée. Le TGI de Calais le 19 juin 1895 en ce sens évoquait pour le caractère reconnaissable « la ressemblance par les signes distinctifs qui la [la personne] caractérisait ». Le Tribunal évoquait ici la possibilité de faire jouer le droit à l'image bien que la représentation d'une personne ne soit pas fidèle. Tant que la personne est reconnaissable, le droit à l'image joue. Or en ce sens, le propre du tatouage est d'individualiser. La composition, le nombre, le placement des tatouages sert alors à refléter une personnalité mais aussi de se démarquer des autres personnes. Si nous allons en ce sens, le tatouage pourrait être considéré comme un élément même de la personnalité de la personne tatouée et servir de moyen reconnaissable d'identification. D'ailleurs il n'est pas difficile de concevoir cela, il n'y a qu'à prendre pour exemple les photos d'identité ou les casiers judiciaires : les tatouages servent à l'identification des individus. Si tel est le cas, le tatouage reproduit⁴² serait alors compris dans un conflit de droits tous autant importants que sont le droit d'auteur en faveur du tatoueur et le droit à l'image protégeant la personne tatouée ?

28. Le support en droit d'auteur. En droit d'auteur, un principe est posé par l'article L111-3 du CPI. La propriété incorporelle portant sur l'œuvre de l'esprit est indépendante de l'objet matériel, du support. Classiquement, cette distinction a pu poser une certaine concurrence entre la propriété intellectuelle et la propriété matérielle consacrée par l'article 544 du Code Civil. En effet, le respect des prérogatives de droit d'auteur afférees à l'œuvre peut limiter la jouissance absolue d'un bien matériel. En d'autres termes, si en théorie une personne peut jouir de son bien comme il le souhaite, quand ce bien est le support d'une œuvre, alors la jouissance absolue n'existe pas. Le propriétaire d'un tableau ne pourrait sans violer le respect de l'œuvre, droit moral de l'auteur, détruire ledit tableau. En un sens, l'art pictural est d'autant plus protégé contre la pleine propriété matérielle du support car il y a une certaine idée « d'original ». Original non pas dans la compréhension du droit d'auteur mais original dans le sens unicité. En effet, ce genre artistique est souvent opposé à d'autres

⁴¹ CEDH Von Hannover c/ Allemagne 7 février 2012 n°40660/08 et 60641/08.

⁴² Comprendons ici reproduit par photographie ou vidéo ou tout autre moyen permettant de rendre visible une personne.

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

genres qui émettent à plus grande échelle, à l'instar de la littérature ou le cinéma qui sont des arts qui ont vocation à être reproduits en grand nombre et à grande échelle. Aussi, détruire le DVD d'un film n'entraîne pas la même conséquence que de détruire l'un des seuls originaux d'une peinture puisque ce qui fait la valeur tant monétaire qu'intellectuelle de l'œuvre est l'absence de circulation d'autres exemplaires. Le support devient très important car il est d'une certaine manière le garant de la fixation de l'œuvre, sa destruction emportant directement la destruction de l'œuvre fixée sur lui. Dès lors, le support concernant l'art pictural et plastique traditionnel peut être très important pour la « survie » de l'œuvre. En effet, la destruction du support par son propriétaire est limitée puisque l'œuvre y est incorporée.

L'indépendance des deux propriétés se traduit aussi par l'absence de transfert de droits d'auteur. Le fait pour une personne d'obtenir le support matériel d'une œuvre (que ce soit suite à une vente ou un don) ne signifie pas obtenir les droits d'auteur sur l'œuvre fixée dans ce support. Cela se traduit alors par le fait que le propriétaire du support ne peut pas reproduire, représenter, louer, prêter l'œuvre sans l'autorisation de son auteur. Il en va de même concernant les prérogatives de droit moral de l'auteur, le propriétaire du support ne pourrait pas y contrevenir quand bien même il jouit du bien de manière absolue. L'équilibre des deux propriétés est donc une balance faite bien souvent en faveur de l'auteur, d'autant plus lorsque l'œuvre en question est une œuvre plastique limitée à quelques exemplaires et difficilement reproductible à l'infini.

29. Le corps support spécial du tatouage. Nous en venons donc à un point de conflit particulier concernant notre sujet. Difficile d'abord de parler de « propriétaire d'un corps ». Le corps humain ne peut être considéré comme une chose puisqu'il est le siège de droits. Le corps est indissociable de la personne et cette personne est sujet de droit. Le corps est couvert par des principes d'indisponibilité et d'invulnérabilité. Or, le tatouage dans notre cas, mais aussi le body painting, « abaissent » par essence le corps humain au rôle de toile. Le corps est alors compris comme une chose supportant une œuvre. Pourtant, le Professeur Loiseau de dire « le respect de la dignité de la personne commande que son corps ne soit pas lui-même traité comme un simple moyen⁴³. » Ici, le corps serait le moyen de fixer l'œuvre, la faisant basculer du monde des idées au monde tangible. Dès lors, un tel support serait contraire à ces considérations de dignité du corps humain au sens large ? Nous voyons alors un

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

conflit apparaître bien avant la réalisation de l'œuvre. Un conflit entre la liberté artistique garantie par la CEDH en son article 10, et la dignité du corps humain comprise largement aux articles 16-1 et suivants du Code Civil. C'est donc avant la création de l'œuvre une balance d'intérêts nécessaire. Notons tout de même que l'autonomie personnelle, telle que consacrée dans l'arrêt *Pretty* contre Royaume-Uni de la CEDH, pourrait permettre une « atteinte » à l'intégrité du corps humain à des fins artistiques. La personne est libre des choix la concernant et par conséquent concernant son corps aussi : elle pourrait très bien décider d'une chirurgie esthétique comme d'un tatouage. Ces deux considérations purement esthétiques portent en théorie atteinte à la dignité accordée au corps humain, à sa pseudo-sacralisation, et sont « indignes⁴⁴ » du corps humain. Le corps humain en ce qui concerne le tatouage ne peut alors pas être considéré comme une banale toile. Au contraire, l'artiste composant sur le corps humain doit prendre en considération les différents droits qui sont attachés au corps de la personne et à la personne elle-même.

30. Œuvre incorporée. L'œuvre est fixée dans le corps d'une personne, ce qui fait naître ce conflit de droits, cette balance nécessaire entre la protection du corps de la personne et la protection de l'œuvre originale incorporée. En droit d'auteur, une condition cumulative de l'originalité est la fixation de l'œuvre sur un support. L'œuvre doit être réalisée. Or, concernant notre sujet du tatouage, nous pouvons parler même d'incorporation⁴⁵. Ce choix lexical n'est pas anodin. En effet, plus qu'une fixation sur un support, nous avons bien une incorporation dans un corps, le tatouage est sous l'épiderme de la personne « support ». A l'inverse du body painting qui prend aussi le corps comme support, le tatouage n'est pas uniquement supporté par la peau ni même gravé (comme le peuvent être les pratiques de scarification artistique). En partant des définitions, fixer revient à « assujettir un objet à ou sur quelque chose au moyen d'une attache, l'y maintenir⁴⁶ ». Support revient à désigner une « pièce, élément qui soutient un objet posé dessus⁴⁷ ». En mettant de la perspective, l'œuvre « fixée sur un support » est alors plaquée sur lui. Par exemple, la peinture est plaquée sur la toile. Il y a alors une hiérarchie physique, le support est en dessous de l'œuvre fixée sur lui. Et dans le même temps, ils

⁴³ Typologie des choses hors du commerce, RTD Civ 2000 p47.

⁴⁴ C.Mitaine, *Médecine et droit* 2017 *Le tatouage et le principe de dignité humaine*.

⁴⁵ Idée développée par Jacques Larrieu, *Le tatoueur, le tatoué, le tatouage et le droit d'auteur*, études en l'honneur du professeur Jérôme Huet, LGDJ, 2017.

⁴⁶ Définition du dictionnaire Larousse, 2020.

⁴⁷ Définition du dictionnaire Larousse, 2020.

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

sont indissociables : l'œuvre n'existe pas sans son support. Le tatouage lui n'est pas fixé sur le corps qui servirait de support mais bien à l'intérieur de celui-ci. Le corps « engloutit » l'œuvre. Cette précision n'a, en droit d'auteur, peu d'importance, le principal étant que l'œuvre soit réalisée, fixée. Par contre, cette précision d'incorporation peut avoir des effets dans le cas d'un support si particulier qu'est le corps. En effet, quelle serait la conséquence d'une absorption de l'œuvre par le corps humain ? Cette dernière devenant alors indissociable du corps d'une personne physique. Nous aurons l'occasion de préciser des conséquences hypothétiques de cette pratique du tatouage.

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

31. Problématique. Nous avons donc un conflit naissant avec le tatouage. Dès que l'œuvre originale est tatouée sur la peau d'une autre personne, les mécanismes de protection se confrontent. Le droit d'auteur visant la protection absolue des artistes au sens large, revendiqué en France et érigé pendant longtemps au-dessus de libertés fondamentales⁴⁸. Cette mise en balance est d'ailleurs chère à la CJUE qui jugera en confrontant le droit d'auteur à d'autres libertés⁴⁹. Nous sommes donc habitués à mettre en balance les droits et libertés en présence de droits d'auteurs. Concernant le tatouage, nous voyons donc que ce dernier est normalement compris par le droit d'auteur. Peu importe que le tatouage soit une œuvre d'art corporel, le droit d'auteur ne s'intéresse qu'à la création d'un auteur. Le tatouage devrait alors normalement être entièrement couvert par le droit d'auteur et le tatoueur devrait être investi de nombreuses prérogatives dont lui seul pourrait faire usage sauf cession. Or, et nous l'apercevons, il semble plus difficile voire impossible de mettre en œuvre ces prérogatives lorsque l'œuvre est incorporée dans le corps d'une personne humaine. Plus difficile car au contraire des autres œuvres protégées où le vrai seul conflit principal serait celui des propriétés, nous avons ici un support particulier qu'est le corps humain. Le corps est alors couvert par des principes très protecteurs, compris dans le droit commun comme l'indisponibilité, la non-patrimonialité et l'inviolabilité. De plus, le corps humain est nécessairement lié à la personne qui est elle aussi protégée par les droits de la personnalité. Le droit à l'image, le respect dû à la vie privée et la liberté d'aller et venir sont parmi les principaux droits de la personnalité intéressants pour le tatouage. Intéressants car le droit d'auteur couvrant le tatouage est alors en conflit sur deux niveaux de protection d'une personne physique et de, dirons-nous, son intégrité et sa dignité. La pratique même du tatouage est possible sous couvert d'autonomie personnelle, mais sa protection semble limitée. En réalité, quand bien même les tatoueurs regroupés en syndicat souhaitent voir reconnaître leur statut d'artiste et par extension la protection de leurs œuvres, la protection ne semble que très faible. A première vue, le conflit existant semble faire éteindre en partie le droit d'auteur, ce qui peut sembler

⁴⁸ En un sens, la solution apportée par l'arrêt *Klasen* en 2015 n°13-27.391 par la Cour de cassation et en avance sur la CJUE proposait une balance d'intérêts entre la liberté fondamentale de l'article 10 de la CEDH et le droit d'auteur. Cette solution a surpris par la remise en question du système d'exception en droit d'auteur français. Néanmoins, nous pouvons noter une certaine défiance à cette balance d'intérêts de la part des auteurs.

⁴⁹ Notamment la liberté d'information et de presse prévue par l'article 11 de la CEDH dans l'arrêt *Spiegel Online* du 29 juillet 2019 C-516/17.

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

très perturbant puisque ce droit est souvent érigé face à des libertés fondamentales. Et c'est alors là que le sujet du tatouage en droit d'auteur semble intéressant d'un point de vue juridique. Comment ce conflit entre tatouage et droits de la personnalité⁵⁰ peut-il se résoudre ? Nous ne pouvons rester qu'hypothétiques car les jurisprudences sur la matière ne sont pas légion et la doctrine s'est essayée à la gymnastique entre les différents droits. Ce qui est donc intéressant est d'effectuer une « dissection » du droit d'auteur afin de l'analyser élément par élément et de confronter ces éléments aux droits de la personnalité. Nous l'avons déjà entrevu et nous continuerons de le remarquer plus en détail, le droit d'auteur couvrant le tatouage semble très affaibli comparé à d'autres arts. Il semble affaibli en ce qui est de son efficacité car pour ce qui est de la théorie, nous l'avons vu, le tatouage est protégeable. Il y a donc un fossé entre la théorie pure et l'efficacité pratique du droit d'auteur. En réalité, le tatouage pourrait être un révélateur des limites de cette efficacité du droit d'auteur lorsque mis en balance avec les droits de la personnalité et la protection du corps humain. Il convient alors de voir comment le tatouage révèle ses limites. Concernant le tatouage qui reste un art existant depuis des millénaires, il paraît étonnant que le droit d'auteur soit si faible. Et si le tatouage sert de révélateur à la difficile efficacité du droit d'auteur, peut-être en est-il de même pour d'autres formes d'expressions artistiques. Pour revenir sur notre problématique, nous verrons donc comment le tatouage révèle les limites de l'efficacité du droit d'auteur lorsque confronté aux droits de la personnalité et droit au respect du corps. Cette limitation se voudra tant théorique que pratique tant les droits d'auteurs sont affaiblis.

32. Plan. Pour saisir comment le tatouage révèle une faiblesse du droit d'auteur à son égard, nous commencerons par remarquer une certaine limitation des droits d'auteur sur le tatouage par l'essence des droits de la personnalité (I) pour ensuite comprendre cette limitation venant éteindre les droits moraux pour le plus grand bénéfice de la personne tatouée (II).

Pour le bien de notre recherche, nous ne nous intéresserons principalement qu'au tatoueur auteur et n'aborderons que très partiellement les hypothèses de co-titularité ou de titularité de droits d'auteurs sur le tatouage accordées à la personne tatouée.

⁵⁰ Comprendons ici la protection du corps humain ainsi que le respect dû à la vie privée, le droit à l'image et la liberté d'aller et venir.

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

CHAPITRE I - UNE LIMITATION DES DROITS D'AUTEUR SUR LE TATOUAGE PAR L'ESSENCE DES DROITS DE LA PERSONNALITE

Nous l'avons alors compris, il existe une balance assez forte à opérer entre la protection du tatouage par le droit d'auteur et les protections du corps et de la personne tatouée. Cette balance vient se comprendre d'abord au regard des droits patrimoniaux qui sont affaiblis (A), mais aussi par la démonstration d'une contrefaçon très limitée. En effet, même si les droits pourraient être compris en théorie par le droit d'auteur, il n'empêche qu'en pratique ces droits ne sont pas véritablement défendus, ce que l'on conçoit au regard de la contrefaçon pratiquement amputée (B).

A. DES DROITS PATRIMONIAUX AFFAIBLIS

Le pendant intéressant financièrement pour un artiste dans le droit d'auteur est bien évidemment le monopole d'exploitation qui lui est accordé. Les droits patrimoniaux sont alors là pour assurer à l'auteur un revenu suite à l'exploitation de son œuvre. En temps normal, l'auteur a un certain contrôle sur ces droits patrimoniaux et peut décider ou non d'autoriser certains usages. Pour le tatouage, le constat est différent. A dire vrai, en s'y attardant de près, droit par droit, nous allons remarquer que les droits patrimoniaux sont morcelés si ce n'est affaiblis. Pour bien comprendre en quoi les droits patrimoniaux sont affaiblis, il conviendra de s'y intéresser en détail en confrontant les intérêts de la protection du corps humain et la protection de la personne. Ainsi, le monopole d'exploitation patrimonial normalement accordé à un auteur semblera très fragilisé par le support qu'est le corps humain.

33. Droit de reproduction. Une des prérogatives patrimoniales du droit d'auteur est le droit de reproduction compris par les articles L122-1 et L122-3. L'auteur a le droit de reproduire son œuvre en faisant, par exemple, des copies identiques. Il peut aussi reproduire l'œuvre sur un support différent. Ce qui caractérise alors ce droit est son aspect patrimonial, seul l'auteur, sauf autorisations nous y reviendrons, peut capitaliser sur son œuvre et ainsi tirer un avantage monétaire. Sauf

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

autorisation bien sûr puisque les droits patrimoniaux sont cessibles, l'auteur peut alors accorder à un tiers le droit de reproduire son œuvre sous des conditions fixées par l'auteur. Ces conditions doivent alors entrer dans le cadre légal de la cession de droits, à savoir que la cession doit être délimitée dans le temps et dans l'espace et être suffisamment explicite. Tout ce qui n'aura pas été textuellement accordé sera reconnu comme restant dans le monopole d'exploitation de l'auteur.

34. Reproduction et tatouage. Dans le cadre du tatouage, la reproduction concerne alors les cas de changements de supports. Par exemple, le tatouage est pris en photographie et cette photographie est utilisée par la suite. Bien souvent d'ailleurs, les tatoueurs vont prendre un cliché du tatouage réalisé pour le partager sur les réseaux sociaux ou bien imprimer cette photographie et l'intégrer dans un « book⁵¹ ». De temps en temps, les tatouages réalisés peuvent aussi être exposés dans des salons ou, dans certains cas, dans les musées⁵². Ce changement de support se comprend nécessairement compte tenu de la spécificité du tatouage : l'œuvre est ancrée dans la peau d'une personne. Cette spécificité est accentuée aussi par le fait que le corps humain est protégé par un principe de non-patrimonialité, dès lors l'exploitation directe du tatouage semble impossible. Ainsi, le tatoueur est obligé de changer de support pour exploiter son œuvre puisqu'il n'aura pas la mainmise sur l'œuvre tatouée.

35. Exploitation par un support différent. Nous pourrions faire un parallèle avec le street art concernant le changement de support imposé pour exploiter l'œuvre. En effet, là où les deux pratiques convergent sont dans l'exploitation de leurs œuvres nécessairement sous une autre forme. Le street art étant une pratique en principe interdite par la loi, l'auteur d'une œuvre de ce genre ne peut que difficilement jouir de ses droits sur l'œuvre première. Par contre, l'exploitation d'une telle œuvre sous une forme photographique est possible et la mise en œuvre des droits est simplifiée, ou tout du moins plus réalisable. Le tatouage, bien que non interdit par la loi, souffre du même problème. L'œuvre première est dans la peau d'une personne et la seule possibilité d'exploitation réside alors dans le changement de support, de la peau vers la photographie.

36. Absence de contrôle sur l'œuvre fixée sur le corps. De cette absence de contrôle sur l'œuvre tatouée découle alors la mise en balance des droits. En théorie, lorsque le tatoueur est l'auteur au sens

⁵¹ Le book est alors une sorte de catalogue des réalisations du tatoueur, au même titre que d'autres artistes graphiques ont aussi leur propre « book » constituant une démonstration de leur savoir-faire et de leur talent. Le « book » en tatouage permet donc de visualiser la technique d'un tatoueur et de s'inspirer de réalisations passées pour composer son tatouage.

⁵² Exposition au musée du Quai Branly en 2015.

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

du droit d'auteur, ce dernier devrait autoriser les tiers à reproduire son œuvre. Nous l'avons vu, cette reproduction de tatouage passe principalement par la photographie et le changement de support de l'œuvre. En temps normal, l'auteur devrait pouvoir interdire d'une la reproduction pure et de deux la reproduction par changement de support. Or, la personne tatouée dispose librement de son corps⁵³, dans la limite du respect des articles 16 et suivants du Code Civil. L'autonomie personnelle protège les choix de la personne concernant son corps et la manière dont elle souhaite mener sa vie. D'autant plus que ses choix de vie sont aussi couverts et protégés par le respect dû à la vie privée. En d'autres termes, le tatoueur ne saurait limiter la personne tatouée dans la manière dont elle mène sa vie. Concernant la reproduction, cela signifierait que la personne tatouée, par la protection accordée à son corps et à sa personne, pourrait reproduire par photographie le tatouage réalisé sur son corps.

37. Reproduction du tatouage par photographie et personne publique. Ajoutons une difficulté, notre personne tatouée est une personne publique ou un mannequin et elle est vouée à être prise en photographie pour des magazines ou des salons, voire elle sera filmée pour n'importe quelle raison. Un exemple est alors plus parlant, Zombie Boy était le mannequin le plus tatoué au monde. Durant sa carrière, il aura fait de nombreuses séances de shooting, des plateaux télévisés, des publicités pour des marques de luxe... Son physique couvert de tatouage plaisait aux marques. Ses tatouages sont d'ailleurs reconnaissables, son visage grimé en crâne de squelette ou le dessus de son crâne représentant une boîte crânienne ouverte. Supposons alors très simplement que ces tatouages sont originaux. Le ou les tatoueurs ayant réalisés des tatouages originaux sur le corps de Zombie Boy pourraient-ils contrôler la reproduction de leurs œuvres ? Un corps reproduit par photographies pour des campagnes publicitaires affichant et capitalisant sur des tatouages, les tatoueurs pourraient avoir leur mot à dire ? Outre Atlantique, de telles questions ont été soulevées concernant la reprise de tatouages pour des publicités. En 2005, Matthew Reed avait alors attaqué Nike pour la reprise de ses tatouages sur le corps d'un basketteur, Rasheed Wallace. Le joueur est mis en scène et les tatouages le sont aussi par conséquent. L'affaire aurait été réglée en dehors des tribunaux. La même année, une affaire similaire s'est produite entre Louis Molloy et le Real Madrid concernant cette fois David

⁵³ CEDH Pretty v/ Royaume-Uni, 2002 n°2346/02.

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

Beckham⁵⁴. De la même manière, cette affaire aurait été réglée avant que le juge n'ait à intervenir. Pour autant, ces considérations de tatoueurs sont à prendre en compte car démontrent un point bien souvent oublié lors de la mise en image de personnalités tatouées : le tatouage sur leur peau peut être couvert par des droits d'auteur.

38. Droit de destination et tatouage. Compris par l'article L122-3 du CPI, le droit de destination permet à l'auteur de contrôler la diffusion de son œuvre. Il lui est donc possible par exemple d'empêcher que son œuvre soit reproduite sur certains supports. Il n'y aurait ici que très peu de difficulté à faire valoir son droit d'auteur protégeant le tatouage, c'est d'ailleurs ce qu'il s'est passé avec M. Daures⁵⁵. En faisant valoir son droit d'auteur concernant la reproduction, il a, d'une certaine manière, usé de son droit de destination. Le tatouage qu'il a réalisé sur le bras de Johnny n'était pas destiné à être sur des pochettes de CD et DVD, des tee-shirts et autres affiches. Finalement, au regard du tatouage, le droit de destination ne semble pas si limité.

39. Droit de distribution et épuisement. Ce droit d'origine communautaire permet une meilleure circulation des œuvres d'art en Europe. Un auteur ne saurait s'opposer à une revente de son œuvre sur un territoire de l'Union si une première vente a été réalisée sur l'un de ses territoires. Certes, ce droit est intéressant en droit d'auteur, or il est très peu envisageable que ce droit soit fondé en ce qui touche au tatouage. La raison est simple, l'œuvre est matériellement fixée dans le corps d'une personne, corps qui ne peut être vendu ou acheté selon le droit français. Ainsi, un tatouage à proprement parler ne pourrait librement transiter dans les États comme une simple marchandise. Par contre, la reproduction sur un support autre, que ce soit la photographie ou une toile, reste possible. Le sort des reproductions pourrait entrer dans le champ de ce droit de distribution et donc de la théorie de l'épuisement communautaire.

⁵⁴ Dans une interview, Louis Molloy disait en 2005 « I was contacted recently and told they wanted to use some of them [the tattoos] in a campaign. I said we'd have to draw up a license agreement but then it got too complicated. So I said, 'I own the copyright, they are my intellectual property, I drew them, I didn't copy them from other sources. They still think they're the owners of the images but if they use them without my permission I'd sue. There's no doubt about it. » Contacté par le Real Madrid, Louis Molloy a proposé de faire un contrat de cession pour la reproduction de certains tatouages couvrant le corps de David Beckham, ce que le Real ne souhaitait pas. Il a alors souligné qu'il était l'auteur de ces tatouages et qu'il avait un monopole dessus, qu'en l'absence de contrat de cession il agirait en justice contre le Real s'il reprenait les tatouages sans permission.

⁵⁵ CA Paris, 3 juillet 1998, Daures contre Sté Polygram n°97/00183.

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

40. Droit de suite. Ce droit a été pensé pour les artistes n'ayant pas été reconnu de leur vivant ou tout du moins dès la première vente de leur œuvre. Ce droit n'est compris d'ailleurs que dans la vente aux enchères des œuvres et permet de compenser d'une certaine manière la prise de valeur d'une œuvre. C'est très parlant en art plastique, la valeur de tableaux augmente parfois avec le temps, avec la renommée grandissante de l'artiste par exemple. La volonté derrière ce droit est de réellement récompenser l'artiste auteur d'une œuvre prenant de la valeur et ne pas enrichir plus que de raison le collectionneur qui en a fait l'acquisition une première fois. Le droit de suite concerne alors la vente d'une œuvre, or le tatouage est incorporé au tatoué. Le corps humain est protégé par des principes d'indisponibilité et de non-patrimonialité, il est alors impossible et inenvisageable de vendre le corps d'une personne aux enchères et d'imaginer qu'en plus le tatouage ait pris de la valeur. Le corps est aussi inviolable et la possibilité de le disséquer pour ensuite vendre des lambeaux de peau n'est pas non plus envisageable en droit français et glace même le sang, pourtant une affaire assez proche s'est tout de même produite⁵⁶. En droit français, le droit de suite ne peut être compris pour le tatouage, il n'y a pas de vente aux enchères d'un tatouage ailleurs que dans la fiction⁵⁷. Précisons bien en droit français car tous les droits⁵⁸ ne sont pas aussi protecteurs du corps humain et de ses produits.

41. Droit de représentation. Le droit de représentation correspond au deuxième grand volet des droits patrimoniaux, du monopole d'exploitation de l'auteur compris par les articles L122-1 et L122-2 du CPI. Il représente la communication à un public par n'importe quel moyen, que la communication soit directe ou indirecte. A la différence de la reproduction, il n'y a pas nouvelle fixation de l'œuvre sous la forme d'une copie par exemple. Il s'agit de l'exemplaire premier qui est diffusé au public. L'auteur est le seul maître de la représentation au public de son œuvre. Ce droit se comprend beaucoup plus facilement concernant les œuvres de théâtres par exemple, il n'y a pas un support matériel au même sens qu'un tableau, il n'est pas possible de faire l'acquisition physique de la représentation théâtrale, sauf à la fixer sur un support tangible qui peut être possible suite à une captation vidéo. Pour les arts plastiques, la représentation se comprend alors plutôt comme

⁵⁶ Cour de cassation Civ 1 23 février 1972, 70-12490, Paris Secret, à propos d'un contrat conclu dans le but de « restituer un tatouage » réalisé pour le bien d'un film. La restitution est passée par l'extraction du lambeau de peau contenant le tatouage de la personne, mineure à l'époque du contrat.

⁵⁷ Le Tatoué, Louis de Funès opère dans le film une vente au plus offrant du tatouage porté sur le dos de Jean Gabin.

⁵⁸ Le dos de Tim Steiner comportant un tatouage signé de Wim Delvoye a été vendu 150 000 euros à un collectionneur allemand sous la loi helvétique.

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

l'exposition de l'œuvre. Un tableau exposé dans une galerie d'art est représenté à un public. La notion de public a de l'importance, au niveau européen plus que de représentation on préfère le terme de communication. L'œuvre est communiquée à un public.

42. Communication au public du tatouage. Pour le tatouage, faisons le parallèle avec la peinture exposée. Le peintre va donner son autorisation pour qu'une galerie expose son œuvre, il contrôle la portée de l'exposition. C'est d'ailleurs aussi pour cela qu'il peut interdire des modes de représentation de son œuvre parce qu'il en a le contrôle. Parler de contrôle a ici une importance concernant le tatouage car comme nous l'avons déjà aperçu, le tatoueur auteur ne contrôle pas à proprement parler son œuvre. Son œuvre est intégrée dans le corps d'une personne humaine libre. Qui dit que le « support » est libre sous-entend alors qu'il se déplace, qu'il « s'expose » à sa guise. Un exemple est alors plus parlant : être en tenue estivale dans la rue avec des tatouages apparents, l'œuvre incorporée est visible de tous. D'une certaine façon, il y a représentation du tatouage à un public, que ce public regarde ou non l'œuvre. En d'autres termes, si la communication au public n'a qu'à être possible et non pas effective, se promener torse nu sur la plage, tatouages apparents, revient à représenter l'œuvre à un public potentiel⁵⁹. Nous le savons aussi, les libertés individuelles sont fortes, une personne est libre d'aller et venir, de circuler. Cette liberté est d'ailleurs très fortement garantie par la CEDH et est comprise dans le TFUE comme une des libertés garanties par l'Europe. Un tatoueur auteur ne peut dès lors pas vraisemblablement rivaliser avec sa prérogative patrimoniale. Notons à ce titre que la représentation n'a pas à être rémunérée⁶⁰, ce n'est pas parce que la représentation effectuée par la personne tatouée en se promenant n'entraîne pas un paiement de la part du « public » qu'il n'y a pas représentation. Ce critère de rentabilité et de but lucratif n'est pas, en droit français, opportun, bien qu'il soit parfois érigé comme indice important pour la CJUE⁶¹ dans la détermination de la représentation. Le droit de représentation semble alors complètement oblitéré par les libertés individuelles de la personne tatouée : l'auteur ne saurait contrôler les déplacements de cette personne ou lui imposer de cacher le tatouage.

⁵⁹ CJUE C-607/11 7 mars 2013, la notion de public vise un nombre indéterminé de destinataires potentiels et implique, par ailleurs, un nombre de personnes assez important.

⁶⁰ Cassation 1^{er} avril 1882, le caractère lucratif de la représentation est indifférent.

⁶¹ CJUE C-135/10 Del Corso, 15 mars 2012, un dentiste ne retire aucun avantage lucratif de la mise à disposition d'une musique à ses patients. Le caractère non lucratif de ladite représentation est déterminant pour estimer qu'il n'y a pas communication au public.

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

B. LA CONTREFAÇON PRATIQUEMENT AMPUTEE

L'autre pendant du droit d'auteur est d'une certaine façon l'action en contrefaçon consacrée pour le défendre. C'est d'ailleurs une constante qui transverse toute la propriété intellectuelle, pour dire à quel point cette action-sanction est importante pour la matière. Nous pourrions alors penser, comme certains auteurs, que ce qui caractérise la propriété intellectuelle est sa protection assurée par la contrefaçon. Pour le tatouage, nous constatons que les droits patrimoniaux peuvent plus ou moins être compris en théorie, bien que la protection du corps et de la personne soit grande. Cela signifie donc qu'au stade même de la compréhension des droits dont le tatoueur pourrait être investi sur son tatouage, ceux-ci sont faibles. Pour autant, un droit n'est véritablement faible que s'il n'est pas justiciable. Dès lors, qu'en est-il du sort réservé à la contrefaçon ? D'abord, la contrefaçon a un but de protection si fort qu'elle permet la saisie, la restitution, la confiscation voire la destruction d'une œuvre contrefaisante. Il existe aussi bien sûr une solution monétaire qui se résout par un calcul différent du droit commun concernant les dommages-intérêts. De façon presque naïve, penser action en contrefaçon c'est alors demander la cessation d'un acte ou la destruction (comprendons ici aussi les cas de restitution ou de confiscation). Apposer cette vision au tatouage pourrait donner des sueurs froides : l'œuvre est dans le corps d'une personne et non pas sur un support plus traditionnel. Cela vaut lorsque le tatouage est lui-même une contrefaçon, il sera alors soumis à une certaine impunité puisque l'amputation ne sera pas possible. Pour autant, il y a d'autres cas de figure, notamment lorsque le tatouage est contrefait, ce qui est d'ailleurs bien plus courant et visible dans les jurisprudences sur le sujet. Cette certaine impunité trouve aussi une nature légale dans le champ des exceptions au monopole d'exploitation du droit d'auteur, que nous constaterons au travers de quelques-unes sur lesquelles nous réfléchirons.

43. Saisie-contrefaçon. Au-delà de la saisie physique simplement impossible, une saisie-contrefaçon peut être uniquement faite par photographies des tatouages ? Dans ce cas, est-ce que la personne tatouée peut s'y opposer en faisant valoir son droit à l'image ou au respect de sa vie privée ? La saisie-contrefaçon⁶² est un outil très efficace en propriété intellectuelle, tellement qu'elle est source de nombreuses critiques tant elle peut paraître violente. La saisie peut être purement physique ou bien

⁶² Article L332-4 CPI.

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

peut passer par une retranscription. Quand le tatouage est contrefait et fixé sur un autre support, la saisie physique a du sens. L'huissier pourra alors s'emparer des photographies généralement. Cela va de soit, la saisie physique d'un tatouage incorporé est purement impossible. Il n'est pas non plus possible de considérer le corps comme un support et saisir ce dernier, il est indissociable de la personne et sans surprise saisir un corps revient à retenir une personne contre son gré, ce qui pour des fins de preuve de contrefaçon n'est pas possible non plus. Par contre, lorsque le tatouage est une contrefaçon, la question de la photographie se pose. Imaginons, le tatouage de l'aigle de Johnny est repris sur le corps d'une autre personne et M. Daures s'en rend compte. Il demande alors à procéder à une saisie-contrefaçon et charge l'huissier de prendre des photographies du tatouage contrefaisant. La photographie d'un seul tatouage ne devrait pas poser problème : uniquement le tatouage visé serait reproduit par photographie. Par contre, si la personne est recouverte d'encre et que plusieurs tatouages sont contrefaisants, une photographie d'ensemble pourrait être nécessaire. Dans ce cas précis, où la totalité de la personne tatouée serait photographiée, cette dernière pourrait-elle s'opposer à l'utilisation de son image à des fins de preuves de contrefaçon ? L'idée est peut-être très casuistique, il n'empêche qu'au cours d'une procédure les photographies pourraient être diffusées à un grand nombre de personnes et d'une certaine manière inférer sur la vie privée de la personne tatouée⁶³. Pour répondre à cette question nous pourrions tracer un parallèle très fin avec la protection du secret des affaires lors de procédures de saisie-contrefaçon. En effet, lors d'une saisie, certains documents peuvent entrer dans le secret des affaires et doivent par conséquent rester confidentiels. Le juge peut alors d'office placer la saisie sous séquestre provisoire en attendant que le saisi demande à ce que les pièces restent confidentielles⁶⁴. Lors du jugement, ces pièces si conservées peuvent alors être montrées et débattues dans la confidentialité⁶⁵. Lors de la publicité du jugement, outre l'anonymisation, le juge peut décider des modalités de cette publicité afin de conserver le secret des affaires⁶⁶. Le parallèle à tracer ici est entre le secret des affaires et le respect dû à la vie privée. Dès lors, et ce n'est qu'une supposition, il pourrait sûrement être possible pour la personne tatouée

⁶³ Surtout si la photographie est de plein pied et que la personne tatouée soit en sous-vêtements pour bien montrer tous les tatouages. L'anatomie de cette personne pourrait alors être diffusée à un cercle de personnes large ou pourrait avoir des répercussions sur la vie professionnelle ou privée de la personne tatouée.

⁶⁴ Article R153-1 du Code de procédure civile.

⁶⁵ Voir supra n°64.

⁶⁶ Voir supra n°64.

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

reproduite par photographies lors d'une saisie-contrefaçon de demander la confidentialité des débats et une publicité limitée de la décision afin de respecter au mieux sa vie privée et son intimité physique.

44. La contrefaçon du tatouage. Il y a plusieurs possibilités de contrefaçon, la plus évidente étant alors la contrefaçon par reproduction du tatouage. Cette reproduction passe souvent d'ailleurs par un changement de support comme la photographie. Dans notre hypothèse, la personne tatouée va être prise en photographie, son tatouage apparent. Le tatoueur auteur de ce tatouage pourrait en théorie s'opposer à une telle reproduction. Le raisonnement est donc assez intéressant, la reproduction sera effectuée puisque les traits originaux du tatouage seront nécessairement repris. Pour autant, toute reproduction n'entraîne pas nécessairement contrefaçon. Les cas jurisprudentiels de tatoueurs faisant valoir leurs droits ne concernent que des cas commerciaux. Une société reprend l'image d'une personne tatouée ou bien uniquement son tatouage et s'en sert ensuite pour un but lucratif. C'est le cas de la jurisprudence sur l'aigle de Johnny⁶⁷, mais aussi aux États-Unis les affaires contre Electronic Arts, Nike ou bien 2K games. Pour le droit français, ce qui est alors très instructif concernant la contrefaçon du tatouage est qu'elle est caractérisée quand le tatouage est pris à part du corps de la personne tatouée. Nous pouvons le comprendre au vu des exceptions au droit d'auteur, comme la reproduction accessoire. Ainsi, une photographie où le tatouage est noyé dans un tout n'entraîne pas contrefaçon du tatouage, par contre lorsque le tatouage est repris seul il peut y avoir contrefaçon.

45. La contrefaçon par le tatouage. Ce qui est ici intéressant est que le tatouage est contrefaisant. Il peut l'être soit parce qu'il reprend le travail d'un autre tatoueur, soit parce qu'il reprend les traits originaux d'un autre artiste, bien souvent graphique. Il n'est pas rare de croiser sur le corps d'une personne une œuvre réalisée par Banksy. Dans ce cas de figure, Banksy pourrait avoir l'envie d'empêcher une telle reproduction sur le corps humain. De plus, une reproduction par tatouage pourrait être vue pour certains artistes comme une atteinte au respect de leur œuvre au motif que celle-ci n'avait pas à finir entre deux omoplates. Quand bien même, nous avons vu que le tatouage n'était pas facilement protégé par le droit d'auteur qui semble ne pas pouvoir couvrir cet art. Concernant la contrefaçon, celle-ci semble même presque intouchable. En effet, la contrefaçon étant

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

un pilier pour la protection du droit d'auteur, en assurant une protection accrue, cette protection semble s'effacer lorsqu'en présence d'une contrefaçon corporelle. Dès lors, la contrefaçon ne devient plus qu'un simple octroi de dommages-intérêts. Dans l'exemple avancé plus avant, comment Banksy peut demander la destruction, la suppression, la restitution de l'œuvre ? Tant de pans de la contrefaçon sont balayés par le droit du corps. En ce sens, nous pouvons lire l'arrêt Paris Secret⁶⁸ comme cela. Pour rappel, la société ayant contracté avec l'actrice pour la restitution du tatouage à la fin du tournage via une opération chirurgicale a été condamnée au versement de dommages-intérêts suite aux complications physiques ressenties. De plus, le contrat a été jugé nul en sa clause de restitution de tatouage puisque contraire à la protection du corps humain existante mais non légiférée à l'époque⁶⁹. En se plaçant dans le sens de la société de production, le contrat existait pour empêcher la circulation du tatouage en dehors du film et pour recouvrir son investissement d'une certaine manière, bien que le lambeau de peau restituée n'ait pas dû servir beaucoup. Ce qu'on comprend tout de même et qui peut être intéressant pour notre hypothèse de contrefaçon par le tatouage, c'est que la suppression d'un tatouage par contrat n'est pas possible sans violer le respect du corps humain. Alors, si la liberté contractuelle ne peut pas le permettre, comment une sanction prononcée par un juge demandant la suppression d'un tatouage et la restitution du lambeau de peau à l'auteur de l'œuvre contrefaite peut être entendue ? Prononcer une telle sanction, surtout depuis la consécration légale des principes protecteurs du corps humain, semble impossible. Demander la suppression du tatouage contrefaisant reviendrait à considérer le corps comme une chose disponible au même titre que n'importe quel support d'œuvre.

46. Limites. Notons cependant un point, toute reproduction non autorisée n'est pas une atteinte en soi. En effet, la reproduction ou la représentation peut être accessoire ou fortuite⁷⁰. En effet, supposons que la reproduction n'est pas le centre de l'attention. Une photographie d'une personne est réalisée et cette personne est tatouée, un plateau télévisé invite une personne tatouée, un acteur est tatoué et joue dans un film... Si la reproduction des tatouages n'est qu'accessoire alors il ne peut pas y avoir atteinte au droit de reproduction de l'auteur. Pour autant, la ligne est très fine. Quand

⁶⁷ Daures contre Société Polygram, CA, Paris, 3 juillet 1998 n°97/00183.

⁶⁸ Paris Secret, Cour de cassation Civ 1 23 février 1972, 70-12490.

⁶⁹ Les lois bioéthiques et sur le respect du corps humain datant de 1994.

⁷⁰ Art L122-5 CPI, une des exceptions à l'atteinte au droit d'auteur.

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

pouvons-nous dire que la reproduction est accessoire et quand elle ne l'est pas ? Dans les affaires de 2005, les reproductions pouvaient être considérées accessoires puisque faisant partie intégrante du corps d'un sportif célèbre. A l'inverse, une interview de Zombie Boy ou son homologue français, Freaky Hoodie⁷¹, pourrait être considérée comme une reproduction des tatouages dès lors que c'est bien pour les tatouages que l'interview est généralement menée.

47. La reproduction accessoire du tatouage. La ligne est fine et une jurisprudence semble avoir tranché. Dans un arrêt Daurès contre Société Polygram, cour d'appel de Paris du 3 juillet 1998. En cause, Polygram est en charge de l'image de Johnny Halliday et gère aussi tout l'aspect mercantile de sa personnalité. Ainsi, pour un album de musique ainsi que des tee-shirt, le tatouage de la tête d'aigle de Johnny est reproduit intégralement. La cour d'appel va condamner la société à dédommager M. Daurès, l'auteur de ce tatouage. La contrefaçon est caractérisée et l'argument de la société de dire qu'elle contrôle l'image de Johnny – et par conséquent ses tatouages - est écarté. Nous pouvons tirer plusieurs choses de cet arrêt qui est un des seuls en France concernant le tatouage et la contrefaçon. Outre le fait qu'un tatouage peut être une œuvre de l'esprit protégée par le droit d'auteur, la partie concernant la reproduction nous intéresse particulièrement⁷². Il y a reproduction contrefaisante du tatouage en l'absence d'autorisation de son auteur et lorsque cette reproduction est purement et uniquement celle de l'œuvre. La cour est d'ailleurs très didactique puisqu'elle précise que la reproduction du tatouage est possible lorsque celui-ci est noyé dans l'image de Johnny, comprenons selon les mots de la cour lorsque le tatouage apparaît « de manière accessoire ». Ainsi, la ligne entre reproduction accessoire et reproduction contrefaisante est dressée : lorsque le tatouage est « noyé » dans l'image d'une personne, il n'y a pas reproduction, par contre lorsqu'uniquement le tatouage est repris sans voir l'image de la personne dans son ensemble, il y a contrefaçon.

48. Reproduction de tatouages dans le jeu vidéo, reproduction accessoire ? Outre Atlantique, sous couvert de copyright, la société de jeux vidéo Electronic Arts a été attaquée pour la reproduction

⁷¹ Freaky Hoodie est un instituteur français et est aussi l'un des français les plus tatoués. Il a été invité sur de nombreux plateaux télévisés pour expliquer sa passion pour le tatouage et comment les élèves de primaire le voient.

⁷² « en l'espèce où la société Polygram et la société Western Passion ont reproduit, non pas une photographie de Johnny Hallyday sur laquelle serait visible le tatouage de celui-ci, mais le dessin de ce tatouage dont Jean-Philippe Daurès est l'auteur et sur le quel Johnny Hallyday ne possède ni ne peut céder de droits. Il en découle que les sociétés Polygram et Western Passion ne peuvent utiliser ce dessin de façon distincte, sans l'autorisation de l'intimé ; qu'à défaut d'une telle autorisation, elles ont porté atteinte aux droits patrimoniaux de l'auteur ».

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

de tatouages de footballeurs dans son célèbre jeu FIFA 19. Le même problème a été soulevé par la société Solid Oak Sketches dans le jeu de basket NBA 2K18 de la société 2K Games. Des artistes tatoueurs ont alors revendiqué une reproduction contrefaisante de tatouages protégés. En effet, le cœur du contentieux tient en ce que les capacités actuelles des jeux vidéo et les nouveaux moteurs graphiques permettent une reproduction identique des personnes et donc de leurs tatouages. Les plaintes des différents auteurs ont été retirées avant tout jugement sur la base de « settlements », ce qui était recherché par les artistes. Il n'empêche que la question, si amenée en France, aurait pu être réglée par la théorie de la reproduction accessoire. En effet, les tatouages sont représentés dans le jeu mais cette reproduction n'est qu'un accessoire nécessaire à l'immersion proposée par la simulation de basketball ou de football proposée par le jeu. En ce sens, LeBron James sans ses tatouages n'est pas le vrai LeBron James, et Lionel Messi sans sa fresque sur le bras n'est pas le réel Lionel Messi, ce qui ferait sortir le joueur de la simulation du jeu.

49. Une possible représentation accessoire du tatouage. Pour ce qui est de la représentation, l'accessoire est aussi envisageable dans les mêmes conditions. Une idée intéressante pourrait être de rapprocher la représentation dans l'espace public déjà entrevue à une représentation accessoire. La représentation d'une œuvre plastique a d'ailleurs déjà été considérée comme accessoire dans un lieu public et donc échappant au contrôle de l'auteur par la jurisprudence⁷³. Dès lors, le droit de représentation presque inexistant serait d'autant plus limité par le droit d'auteur lui-même et cette exception pour représentation accessoire.

50. Une exception de panorama corporel ? L'exception concerne textuellement la reproduction de bâtiments ou autres œuvres présentes dans l'espace public ou du moins visibles depuis l'espace public. Prendre un cliché depuis l'espace public d'un paysage où une œuvre serait visible aussi ne constituerait alors pas une atteinte au droit d'auteur, l'exception jouerait. L'idée étant que l'espace public pris en photographie par un panorama ne pourrait alors pas être morcelé du fait d'œuvres présentes sur cet espace. Dès lors, pourrions-nous faire un parallèle avec le tatouage ? D'abord un cas qui serait assez proche de l'exception pour reproduction accessoire et donc moins intéressante serait de considérer que, lors d'une photographie prise par une tierce personne où est apparente une personne tatouée, cette photographie pourrait ne pas être une reproduction contrefaisante puisque la

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

personne est présente dans l'espace public. L'idée avancée signifie que la personne présente n'est qu'accessoire à la photographie, la personne tatouée et ses tatouages n'étant sur la photographie que de manière fortuite. Cette hypothèse n'est pas la plus intéressante, par contre il pourrait être fait un parallèle avec une exception pour panorama corporel. Expliquons alors, le corps serait le pendant de l'espace public⁷⁴ et les tatouages le pendant des œuvres présentes sur cet espace. Dès lors, prendre une photographie d'un corps recouvert de tatouages pourrait revenir à prendre une photographie d'un espace disponible « pour tous » où des œuvres sont visibles. Pour autant, la personne photographiant peut n'avoir l'intention de prendre qu'un « panorama » de ce corps ? Les œuvres tatouées n'étant reproduites que de manière fortuite, uniquement parce que le panorama est réalisé. Notons que bien que ce parallèle soit intéressant, il ne semble pas adapté au corps humain. Ce n'est en réalité qu'un exercice mental car les exceptions sont limitées par le droit français mais aussi en droit européen via le triple test. Ainsi, sortir du champ textuel d'une exception n'est en droit d'auteur pas possible.

51. Piste de solution proposée par le SNAT. Dans son manifeste, le SNAT propose aux artistes-tatoueurs un modèle de cession de droits à greffer à tout contrat de tatouage. Par ce modèle, le syndicat tente d'appuyer les droits d'auteurs des tatoueurs et de les reconnaître. Cependant, qu'en est-il de la valeur d'une cession de droit alors que le droit lui-même est très faible ? En effet, céder le droit de représentation à la personne tatouée en l'autorisant à communiquer le tatouage à un public nouveau par le biais de réseaux sociaux ou tout simplement de ses déplacements dans la rue est-il si important ? La cession ne semble que fictive voire décorative puisque de toute façon l'auteur n'a aucun contrôle réel sur ce droit de représentation. La cession a tout de même l'intérêt de rappeler à la personne tatouée qu'il dispose d'une œuvre sur son corps mais cette reconnaissance est surtout destinée aux tiers. Elle vise alors à protéger l'auteur du tatouage d'utilisations tierces⁷⁵ avec un document écrit. Dès lors, quand bien même les droits patrimoniaux sont très limités par la personne tatouée elle-même, il reste intéressant que ces droits soient reconnus par les tiers et ainsi éviter des dérives en estimant le tatouage libre de droit *ab initio*.

⁷³ Cour de cassation Civ 1 15 mars 2005 03-14.820

⁷⁴ Nous traçons un parallèle ici purement hypothétique, nous n'avons alors pas l'intention de considérer véritablement le corps comme un espace public bien évidemment.

⁷⁵ Voir en ce sens les affaires concernant Louis Molloy, M.Daures ou Matthew Reed traitant d'une utilisation des tatouages par une tierce personne.

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

52. Conclusion intermédiaire, un monopole d'exploitation très faible. Suite à cette analyse en détail des droits et de leur potentielle existence face aux droits de la personnalité, nous remarquons bien que le droit d'auteur, du moins son pan patrimonial, est très limité. Autant, bien que difficilement, certaines prérogatives patrimoniales pouvaient être comprises. Il en va de la reproduction du tatouage sur un autre support à des fins commerciales nécessitant l'accord de l'auteur comme le démontrent les nombreuses affaires citées. Autant, au moment de dresser les comptes, il semble que les droits patrimoniaux sont plus effacés que présents. Le peu de prérogatives accordées ne suffit pas à dire que l'auteur tatoueur a un monopole d'exploitation patrimonial sur son œuvre. Au contraire, à dire que ses prérogatives sont très affaiblies, nous pourrions penser que l'auteur tatoueur n'a pas de monopole d'exploitation. Cette absence, nous la comprenons aussi quand, suite à la théorie, vient la pratique. L'existence théorique était déjà limitée, la consécration pratique ne viendra pas non plus au renfort de l'auteur tatoueur. La contrefaçon devient alors une pâle copie de ce qu'elle est supposée être. Tant du point de vue de la reconnaissance des prérogatives que de leur exercice, tout semble amoindri au strict minimum, et nos réflexions tendaient plutôt à pencher du côté de la concession d'un droit à l'auteur plutôt qu'à sa reconnaissance pure et véritable. Ce constat concernant le monopole d'exploitation, nous le retrouvons aussi amplifié pour ce qui est des droits moraux. Ce multiple affaissement des droits face aux droits de la personnalité⁷⁶ va d'ailleurs amener à un constat très intéressant car nouveau en droit d'auteur à savoir que la personne tatouée, « support », a plus de prérogatives sur l'œuvre que l'auteur lui-même.

⁷⁶ Comprendons le droit au respect du corps humain et les droits de la personnalité.

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

**CHAPITRE II - LIMITATION VENANT ETEINDRE LES DROITS
MORAUX POUR LE PLUS GRAND BENEFICE DE LA PERSONNE
TATOUÉE**

Si nous avons vu que les droits patrimoniaux étaient très limités tant en théorie qu'en pratique, il en va de même pour les droits moraux (A). Cette restriction dans des droits en théorie absolus n'est pas anodine et témoigne de la grande limitation du droit d'auteur concernant le tatouage. Dès lors, nous constaterons que la totalité des droits d'auteur sont au final très limités et que le tatouage révèle bien que ce droit n'est pas adapté pour lui. Plus étonnant et intéressant encore, la très grande limitation des droits d'auteurs apporte, concernant le tatouage, un phénomène de glissement de contrôle. En effet, si l'auteur n'a que très peu de prérogatives et donc de contrôle sur son œuvre, il en est autre chose pour la personne « support ». En ce sens, la personne tatouée, par la protection de sa personnalité, peut se permettre des comportements concernant l'œuvre incorporée que tout autre « propriétaire » de support ne pourrait en temps normal faire. Ainsi, nous verrons que le tatouage, en plus de révéler les grandes limites du droit d'auteur concernant sa protection, montre en plus un basculement de prérogatives au profit de la personne tatouée (B). C'est alors, pour le droit d'auteur, très intéressant car le tatouage serait la seule œuvre de l'esprit protégée en théorie mais dont l'effectivité quasi nulle entraîne finalement un contrôle plus grand au profit de la personne tatouée.

A. DES DROITS MORAUX RESTREINTS

53. La grande protection théorique des droits moraux. Les droits moraux sont pour le droit d'auteur français très importants. Cette importance est comprise par l'article L121-1 du CPI, en précisant que ces droits sont imprescriptibles, perpétuels et inaliénables. Ils sont attachés à la personne et protègent, plus qu'un monopole d'exploitation, la personnalité même de l'auteur. L'auteur réalise une œuvre originale, emprunte de sa personnalité. De fait, cette œuvre est considérée

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

comme un prolongement direct de sa personnalité. La grande protection de ce droit moral est d'ailleurs une spécificité française. En s'intéressant au copyright anglais par exemple, nous pouvons remarquer que les droits moraux ne sont pas « absolus » puisqu'ils peuvent être abandonnés⁷⁷. Pour autant, le tatouage semble révéler une certaine faiblesse dans l'existence même des droits moraux du tatoueur auteur, faiblesse due au conflit avec les droits de la personnalité et droit au respect du corps humain. Voyons quels sont ces conflits restreignant les droits moraux.

54. Droit de divulgation et tatouage. La divulgation de l'œuvre est protégée par l'article L121-2 du CPI. Ce droit est attaché aux droits moraux de l'auteur, il est le seul à pouvoir choisir quand et comment son œuvre sera communiquée au public. Bien entendu ce droit est à usage unique : une fois divulguée au public, le droit n'est plus. Il existe alors entre le moment de la communication au public et l'achèvement de l'œuvre selon l'auteur. Or, le tatouage est fixé sur son support : le corps d'une personne. Le tatoueur auteur peut-il pleinement user de son droit de divulgation ? En effet, le tatoueur ne saurait refuser à la personne tatouée de « communiquer » le tatouage en vivant sa vie. La difficulté est bien ici que le support n'est pas un objet mais le corps d'une personne en mouvement. Dès lors, un droit de divulgation classique ne peut s'appliquer au tatouage. Le bon sens serait alors de considérer, pour accorder aux tatoueurs des droits existants, que la divulgation est réalisée en ce que le support est aussi le public ? Comprendons ici que la personne tatouée est un public à qui l'œuvre est divulguée : la réalisation du tatouage sur sa peau vaudrait divulgation instantanée. Ce droit de divulgation serait consommé dès la réalisation même du tatouage et ce droit serait alors éteint⁷⁸ pour la suite. La reconnaissance de ce droit peut alors être faite mais restons tout de même conscients qu'il y a une véritable absence de contrôle de la divulgation puisque cette dernière est « automatique ».

55. Droit à la paternité du tatouage. L'une des prérogatives du droit moral d'auteur est le droit à la paternité. Il s'agit du droit protégeant le lien entre l'auteur et son œuvre. Le lien doit être perceptible, que ce soit par le biais d'une signature ou de toute autre mention proche de l'œuvre. Un auteur peut

⁷⁷ Bien qu'en copyright anglais, le droit moral est supposé avoir la même valeur qu'en droit français, il est tout de même possible d'effectuer par contrat un « waive of rights » signifiant que l'auteur renonce à l'usage futur de son droit moral sur l'œuvre. Bien souvent cette clause contractuelle est ajoutée aux contrats de cession de droit d'auteur, beaucoup plus permissifs en droit anglais où le « freedom of will » règne.

⁷⁸ Cour de cassation Civ 1 11 décembre 2013 11-22.031, le droit de divulgation s'épuise une fois sa première manifestation réalisée.

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

décider de « signer⁷⁹» sous un nom autre que le sien⁸⁰, voire ne pas signer⁸¹. Pour le tatouage, il est très commun que les artistes utilisent des pseudonymes plus que leur nom. Pensons au tatoueur le plus connu en France, Tin-Tin.

56. La paternité par signature. Parlant de paternité du tatouage, quand bien même l'anonymat ou le pseudonyme sont de mises, il reste une difficulté : celle d'assurer le lien entre l'auteur et son œuvre. Le tatoueur va réaliser son œuvre sur le corps d'une personne et n'en contrôle plus l'existence par la suite. La paternité de son œuvre est alors très difficile à mettre en place. D'abord, concrètement, il serait très mal perçu pour un tatoueur de littéralement signer son œuvre. En effet, signer un corps humain reviendrait à s'approprier ce corps et à le faire basculer dans le domaine des choses, ce que le corps n'est pas. Il n'y a certes aucune jurisprudence concernant la paternité du tatouage ou d'un tatoueur signant le corps. Il n'empêche qu'un parallèle peut être effectué avec le monde de la chirurgie. Le parallèle est avant tout très léger et n'a pas de liens directs avec le tatouage. Précision faite, l'histoire du docteur Simon Bramhall, chirurgien britannique, est surprenante. Ce docteur a avoué aux juges anglais qu'il avait signé le corps de ses patients de ses initiales à deux reprises⁸². Le consentement n'était bien entendu pas recueilli, le docteur a été condamné à une amende équivalente à 12 000 euros environ. Encore une fois, les contextes sont opposés. Le tatouage est consenti et la personne pourrait accepter que le tatoueur signe⁸³, pour autant nous entrons en eaux troubles. Comment accepter qu'un corps puisse être signé et mis à disposition d'une personne tierce ? La limite entre ce qui est permis et interdit est alors floue, le tatouage flirtant avec les deux. Il y aurait donc deux chemins à emprunter, soit nous considérons que l'autonomie personnelle prévaut, ainsi, la personne tatouée pourrait autoriser le tatoueur à signer son œuvre. Soit, et cela semble plus probable en France au regard de la forte protection contre la mise à disposition de son corps humain selon son bon vouloir, nous considérons que cette signature est indigne du corps humain et le fait basculer vers

⁷⁹ Disons signer bien que toute forme de lien effectué entre l'œuvre et l'auteur peut être faite. Une simple mention dans l'ours d'un magazine, une mention générale dans une galerie d'art...

⁸⁰ Le pseudonyme peut être utilisé, l'auteur garde alors la possibilité de révéler qui il est plus tard, voir en ce sens TGI Paris 14 mars 1975.

⁸¹ Pareillement, l'anonymat peut être utilisé tant que l'auteur ne renonce pas à son droit à la paternité. Il garde la possibilité future de révéler que l'œuvre est la sienne.

⁸² Lors de deux greffes, le docteur gravait SB sur le foie des patients. Ces deux agissements ont été reconnus mais le docteur a effectué une centaine de greffes au cours de sa carrière, rien ne dit que d'autres personnes n'aient pas d'organes signés.

⁸³ Wim Delvoye a signé le dos de Tim Steiner.

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

la chose banale et disponible. Il n'y a bien entendu aucune solution privilégiée car la signature par les tatoueurs n'existe pratiquement pas.

57. La paternité dans la vie du tatoué. La signature directement sur ou sous l'œuvre n'est pas la seule façon d'assurer la paternité d'un auteur. Une mention peut être exigée de la part de l'auteur sur les reproductions ou représentations, assurant un crédit envers lui. Nous l'avons déjà abordé, le tatoué est libre et d'une certaine manière peut diffuser son tatouage à un public sans le rechercher. Imaginons que la personne expose ses tatouages au gré de ses déplacements dans la rue, le lien entre l'auteur de l'œuvre et le tatouage n'est alors pas fait, n'importe quelle personne voyant le tatouage ne fera pas le lien avec son auteur. Il est aussi impensable que la personne tatouée se déplace avec des étiquettes collées sur lui afin de faire respecter un droit à la paternité écrit. Ce scénario loufoque n'est pas possible, il reste cependant une forme de paternité qui se ferait à l'oral. Le tatouage étant un art à la marge des autres arts protégés par le droit d'auteur, le respect de la paternité peut être effectué différemment. Dans notre exemple, cela reviendrait à entamer une discussion avec la personne tatouée qui nous signifierait alors quel auteur a réalisé telle œuvre sur son corps. Ainsi, le droit à la paternité serait comblé. Bien entendu, cette hypothèse de paternité « à la sauvage » dans la rue n'est pas le cas de figure le plus intéressant. Celui qui pose réellement problème est plutôt sur les réseaux sociaux principalement. Une personne tatouée prise en photo dans un endroit plus ou moins beau ne va pas faire mention de l'auteur de son tatouage. Sur Instagram entre autres, une personne tatouée avec un tatouage apparent mentionnera principalement le lieu où elle se trouve, les personnes alentours, une citation trouvée sur des générateurs de citations inspirantes, mais ne donnera pas crédit à l'auteur du tatouage. Nous pourrions nous dire que ce n'est pas très grave, le problème reste tout de même que la paternité pour un tatoueur lui sert d'une certaine manière de publicité. Plus ses tatouages sont visibles et plus il le sera aussi. Il peut donc y avoir un intérêt à ce que l'auteur d'un tatouage impose une mention obligatoire de son nom sur chaque cliché de la personne tatouée. Or, encore une fois, imposer à une personne physique quelque chose sur la façon dont elle mène sa vie ne pourrait pas être compatible avec l'article 8 de la CEDH et le droit au respect de la vie privée. Une telle intrusion du tatoueur dans la vie privée du tatoué n'est pas concevable.

58. Paternité restreinte et tatouage. Dans l'art du tatouage, la relation entre l'œuvre et l'auteur est très fine car dépend du bon vouloir de la personne tatouée concernant sa vie privée. L'absence de paternité est, on l'a vu, possible sur la base de l'anonymat. Pour autant, cet anonymat n'est pas

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

spécialement voulu par le tatoueur, son tatouage lui sert de vitrine et il compte sur le bouche-à-oreille des personnes qu'il tatoue pour recevoir de nouveaux clients. Nous assistons donc à une existence théorique de ce droit à la paternité, nous pouvons comprendre et justifier qu'il existe, mais tout comme le droit à la divulgation de l'œuvre, cette paternité n'est pas réellement contrôlée. L'auteur reste dépendant du tatoué dans la grande majorité des cas, l'exposition en musée respectant le droit à la paternité étant rare bien que de plus en plus en vogue. Ainsi, la paternité existe bien mais n'est que très limitée en pratique et l'anonymat est subi par le tatoueur plus que choisi.

59. Droit au respect du tatouage. Comme toute œuvre protégée par le droit d'auteur, l'auteur a droit au respect de son œuvre. Ce respect se traduit de plusieurs manières. L'œuvre est notamment protégée contre la mutilation, la déformation, le démantèlement, la retouche, l'adjonction, la destruction. En résumé, tout ce qui altère l'œuvre, dans sa forme ou son esprit, est impossible. L'atteinte à l'œuvre est alors considérée par le droit français comme une atteinte à la personnalité de l'auteur. Ce droit est un des piliers du droit moral en droit français car l'atteinte au respect de l'œuvre est invoquée très souvent devant la jurisprudence et son appréciation est toujours très subjective. Il y a alors deux atteintes interdites par ce droit, l'atteinte disons physique et l'atteinte intellectuelle. L'atteinte physique correspondrait à toute altération de l'œuvre dans sa forme, l'atteinte intellectuelle à toute altération dans son esprit⁸⁴. Or, ce droit au respect de l'œuvre concernant le tatouage est très faible. Très faible pour de nombreuses raisons que nous allons voir autour d'exemples. Parlons par exemple de la déformation, qui est un cas très courant. Concernant le tatouage, l'argument phare des personnes contre cet art est alors l'adage « quand tu vieilliras ton tatouage vieilliras encore plus mal ». L'argument est donc de dire que le tatouage effectué sur une peau jeune et ferme finira sur une peau vieillie par le temps. La personne tatouée est libre, encore une fois elle jouit de l'autonomie personnelle concernant les choix de vie qu'elle effectue. Elle peut donc choisir – ou bien souvent non – de prendre du poids. L'extension de la peau avec la prise de poids va nécessairement modifier et déformer le tatouage sous cette peau. Il est alors complètement impensable qu'un tatoueur soulève son droit au respect de l'œuvre contre cette déformation de son œuvre suite au passage du temps et autres marques. Aucune jurisprudence n'existe sur le sujet évidemment, l'autonomie personnelle et le respect dû à la vie privée balayeraient très certainement ce droit au respect de l'œuvre.

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

60. Le respect contre l'atteinte à l'esprit de l'œuvre. Toujours sous couvert d'autonomie personnelle, l'atteinte à l'esprit de l'œuvre. En effet, une personne tatouée une fois sera beaucoup plus susceptible d'acquiescer de nouvelles pièces sur son corps. Imaginons une personne tatouée une première fois d'une pièce de maître, disons un tatouage traditionnel exécuté d'une main de maître. Cette même personne décide de se tatouer une nouvelle fois et de juxtaposer à cette pièce un tatouage réalisé au cours d'une soirée où la modération est absente. Serait-ce là une atteinte au respect de l'œuvre premièrement réalisée que de juxtaposer à celle-ci un tatouage ridicule et mal réalisé ? La question n'est pas dénuée de sens, nous savons que pour les autres arts, lier une œuvre à quelque chose d'autre peut être considéré comme une atteinte au respect de l'œuvre car représente une atteinte à l'esprit de l'œuvre⁸⁵. Cet exemple n'est pas le plus parlant en termes d'atteinte à l'œuvre car concerne ici l'esprit de l'œuvre mais montre tout de même que l'autonomie personnelle protégerait en théorie la personne tatouée des choix⁸⁶ – parfois douteux – qu'elle fait. Dans le même sens, une atteinte à l'esprit de l'œuvre peut se produire lors du déplacement de l'œuvre dans un cadre différent non voulu par l'auteur⁸⁷. Imaginons que cette personne tatouée soit aussi acteur dans des films érotiques. Quand le photographe peut interdire l'utilisation de son œuvre pour servir la promotion d'un film traitant de pornographie⁸⁸, est-ce que l'auteur du tatouage pourrait interdire l'association de son tatouage au film réalisé par ou avec la personne tatouée ? Répondre par l'affirmative n'est pas évident car cela reviendrait à autoriser l'auteur du tatouage d'inférer dans la vie privée de la personne tatouée, ce qui est impossible en suivant l'article 8 de la CEDH.

61. Le respect contre l'atteinte à la forme de l'œuvre. Plus flagrante, l'atteinte à l'intégrité physique de l'œuvre résultant en une atteinte au respect de l'œuvre. Cette atteinte peut alors résulter de la modification de l'œuvre, de l'adjonction de couleurs ou d'éléments, voire dans un cas extrême sa destruction. Ces possibilités sont offertes à l'auteur qui reste libre de contrôler le futur de son œuvre mais les tiers ne sauraient les effectuer sans atteindre la personnalité de l'auteur. En présence

⁸⁴ L'œuvre ne peut être « ni altérée ni déformée dans sa forme ou dans son esprit », Paris, 28 juillet 1932.

⁸⁵ La reprise des personnages d'Hergé dans un contexte sexuel, CA Paris 14 mars 2007 Société Moulinsart et a c/ SCP Gilles Neret – Minet et a.

⁸⁶ CEDH Pretty c/ Royaume Uni, 2002 2346/02

⁸⁷ Caliméro repris pour un site sadomasochiste, TGI de Paris 24 mars 2000 ; L'utilisation de photographies d'œuvres d'art dans le contexte d'une campagne électorale, CA Versailles 20 décembre 2001.

⁸⁸ CA Paris, 17 juin 2011 10/18873

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

d'un tableau, ajouter des couleurs, modifier la composition ou bien le détruire est une atteinte directe au respect de l'œuvre très facilement reconnue. Pour ce qui touche au tatouage, la difficulté se pose. En effet, en plus de l'autonomie personnelle, il y a le respect du corps humain qui priment le droit d'auteur. Dans notre exemple, la personne tatouée possède par exemple une fleur originale et souhaite y ajouter un oiseau. Cet ajout constituerait une modification du tatouage normalement interdite, mais la personne reste libre de faire ce qu'elle souhaite. La personne peut aussi choisir de retoucher son tatouage en modifiant les couleurs ou en cachant une partie par un autre tatouage, nous aurions là un flagrant exemple d'adjonction et de modification du tatouage original, mais encore une fois la personne tatouée serait libre des choix concernant son corps et sa vie privée. Enfin, dernier exemple, le dé-tatouage ou le recouvrement. La personne tatouée souhaitant se séparer de son tatouage va nécessairement le détruire ou alors le recouvrir entièrement afin de faire disparaître le tatouage original. En présence d'une œuvre graphique classique, la disparition de l'œuvre effectuée par une personne autre que son auteur est une atteinte au respect de l'œuvre. Pour le tatouage, la personne tatouée est protégée par l'autonomie personnelle et le droit au respect de son corps. En effet, l'autonomie est comprise comme les choix libres de la personne sur la façon de mener sa vie selon les enseignements de l'arrêt *Pretty* contre Royaume-Uni de la CEDH. Les choix que la personne effectue sur son tatouage et sur la pérennité de celui-ci entrent dans sa vie privée, protégée par l'article 8 de la CEDH. Notons aussi que le respect dû au corps humain pourrait entrer en jeu. En effet, supposer que le tatoueur interdise à la personne tatouée de faire disparaître son tatouage pourrait être compris comme mettre le corps de cette personne tatouée à la disposition du tatoueur, or c'est chose impossible en droit français. Le tatoueur ne pourrait pas contrôler le futur du corps humain d'une autre personne car le droit français l'en prohibe. Ainsi, des atteintes directes à la forme de l'œuvre et donc atteintes au respect de l'œuvre sont possibles et priment même ce droit au respect de l'œuvre.

62. Droit au retrait et repentir du tatouage. Le droit moral comprend aussi une prérogative intéressante qu'est le droit au retrait et repentir. La philosophie de ce droit est de laisser la liberté à l'artiste de « revenir » sur sa décision. Ce droit se veut alors comme une balance au droit de divulgation, c'est la possibilité pour l'artiste de rappeler son œuvre. Le rappel est alors à la discrétion de l'auteur, il devra cependant indemniser les propriétaires des œuvres en circulation ou les cessionnaires de droits. Ce droit peut être compris concernant une œuvre à tirage limité comme un

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

tableau ou une sculpture, l'indemnisation étant alors versée à quelques propriétaires privés ou musées. Ce droit a tout de même subi des difficultés de mise en œuvre et de compréhension concernant les œuvres à grand tirages comme la littérature, la musique ou les films. En effet, l'immense dispersion des œuvres sur un territoire vaste et l'impossible indemnisation totale de tous les détenteurs de l'œuvre rappelée mettent en difficulté cette prérogative du droit moral. Cet aspect du droit moral est donc déjà affaibli au sein de la propriété littéraire et artistique, et ce n'est pas le tatouage qui ira dans son sens de réaffirmation. En effet, le tatouage incorporé dans la peau même d'une personne ne pourra jamais être repenti. Un artiste tatoueur insatisfait de son travail ne pourra pas imposer à la personne tatouée de lui « rendre » l'œuvre pour correction. Du moins pas comme on pourrait l'entendre pour une œuvre graphique ou plastique disons plus traditionnelle. Il est d'ailleurs très courant pour les tatoueurs de réserver une séance future avec la personne tatouée pour remédier à des retouches sur le tatouage. Cependant ces retouches ne constituent pas une réelle volonté de l'artiste de se repentir car étant insatisfait du tatouage en circulation mais correspond plus à un processus normal lié à la cicatrisation. La retouche en tatouage n'est toujours que très minime, le tatoueur corrigera les imperfections de la première séance, visibles une fois le tatouage bien cicatrisé. Alors, à partir de ce constat, dire que les tatoueurs font effectivement usage de leur droit de repentir, ne peut sembler raisonnable. Le « droit de repentir » ici recommandé n'est que nécessaire, ce n'est que la nécessité de correction et de visualisation du tatouage cicatrisé qui pousse le tatoueur à demander au tatoué de revenir entre ses mains. De plus, considérer que le tatoueur fait ici usage d'un droit de repentir est faux puisque dans un tel cas, le tatoueur devrait indemniser la personne tatouée pour ce « rappel d'œuvre ». En tout état de cause, ce n'est pas parce que l'œuvre est diffusée à très grande échelle que le droit de retrait et repentir n'est pas envisageable pour le tatouage, mais bien de la difficulté d'imposer à la personne tatouée, « propriétaire du support », de restituer l'œuvre pour modifications. De même et en ce sens, un cas de restitution brute du tatouage a été jugée contraire à la dignité humaine⁸⁹.

⁸⁹ Affaire Paris Secret, Cour de cassation Civ 1 23 février 1972, 70-12490,

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

B. LE CORPS COMME SUPPORT AVANT LE DROIT D'AUTEUR

Au regard de ce qui précède, le tatoueur n'a qu'un monopole limité sur l'œuvre tatouée. Nous avons évoqué plusieurs fois la notion de contrôle de l'œuvre, en effet le tatoueur ne peut prétendre « contrôler⁹⁰ » son œuvre puisque celle-ci est incorporée dans la personne tatouée. Cette incorporation n'est pas anodine comme nous l'avons vu concernant les prérogatives propres à l'auteur. De plus, cette incorporation permet un basculement intéressant de contrôle de l'œuvre. Le tatoué n'a certes pas de droits sur l'œuvre en elle-même mais les droits qu'il dispose concernant les droits sur le corps et les droits de la personnalité lui confèrent un pouvoir intéressant sur l'œuvre. Nous assistons alors en pratique, bien que le tatouage soit protégé par la théorie du droit d'auteur, à un basculement en faveur de la personne tatouée, en faveur « du support » dirons-nous. Ce qui, pour le droit d'auteur, peut sembler inédit.

63. Un glissement de contrôle au profit du tatoué. La personne tatouée, par ses prérogatives, en viendrait à contrôler le tatouage. Ce contrôle se comprend de plusieurs façons. D'abord, et c'est d'ailleurs intéressant, comme le droit d'auteur est presque éteint en pratique par la mise en balance des droits en présence, ce droit d'auteur devient presque inutile. Un droit d'auteur uniquement théorique n'a alors plus aucune valeur et les quelques cas de possible mise en œuvre que nous avons décelé ne font pas briller ce droit comme il le devrait s'agissant d'une autre œuvre de l'esprit. Nous assistons même à un basculement de l'autorisation, ce n'est pas l'auteur qui donne son accord à la personne tatouée pour un certain usage de son œuvre, mais plutôt la personne tatouée qui accorde au tatoueur d'exploiter son œuvre. Cette idée se comprend par le contrôle de l'image du tatouage.

64. Contrôle de l'image du tatouage. Nous pouvons d'ores et déjà tirer un parallèle avec la propriété classique. « Le propriétaire d'un bien corporel a le droit exclusif d'exploiter son bien sous quelque forme que ce soit et l'exploitation du bien sous la forme de photographies porte atteinte à ce droit de jouissance⁹¹. » Cette citation montre alors un plein pouvoir concernant les biens d'un propriétaire. Nous le savons, cette jouissance exclusive est limitée en présence d'une œuvre de l'esprit : le propriétaire du support ne peut pas tout faire avec son bien sans porter atteinte à un droit

⁹⁰ Comprendons alors par contrôle les prérogatives de droit patrimonial mais aussi de droit moral.

⁹¹ Cour de cassation Civ 1 10 mars 1999. CPI p148.

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

d'auteur. Or dans notre cas, il n'est pas question d'un propriétaire de support mais bien d'un corps humain qui n'est pas une chose appropriable. Au contraire, ce corps est lié à une personne, sujet de droit. Et, l'un des droits, nous l'avons vu, est le droit à l'image compris comme la protection de tous les éléments qui permettent d'identifier une personne, que ce soit par images ou par sons. Une des conditions de la mise en œuvre du droit à l'image est le caractère identifiable de la personne représentée. Le TGI de Calais le 19 juin 1895 en ce sens évoquait pour le caractère identifiable « la ressemblance par les signes distinctifs qui la [la personne] caractérisait ». Le Tribunal évoquait ici la possibilité de faire jouer le droit à l'image bien que la représentation d'une personne ne soit pas fidèle. Tant que la personne est identifiable, le droit à l'image joue. Il est d'ailleurs intéressant dans la qualification du droit à l'image donné par les jurisprudences qu'on parle « d'originalité » et de « signe distinctif ». On retrouve des termes propres à la propriété intellectuelle, et dans le contexte du droit à l'image ils revêtent un sens proche de la propriété intellectuelle. En effet, le signe distinctif d'une personne est alors compris comme tout signe distinctif, à l'instar de la marque. Le signe distinctif permet d'associer un individu dans une foule à une personne identifiée ou identifiable. L'originalité quant à elle permet d'individualiser les personnes. Cela se représente alors par les différents choix que la personne fait sur son corps, sur sa manière d'être, sur l'appréhension de sa personne. Le tatouage devient alors un signe distinctif de la personne. Cette reconnaissance se fait dans la composition des tatouages, leur originalité (dans le sens d'œuvre unique), leur nombre, leur emplacement. Pour illustrer, on pense au loup de Johnny, au tatouage tribal de Mike Tyson, au motif floral sous la poitrine de Rihanna, au visage de Zombie Boy, au tatouage de Justin Trudeau... Leurs tatouages reconnaissables entre tous permettent de les identifier, dès lors entrent dans le droit à l'image, que la personne concernée contrôle par autorisation de reproduction de son image. Les exemples sont ici ceux de personnes publiques, leur droit à l'image est alors moins puissant qu'une personne privée⁹². Pour autant, il est tout à fait envisageable qu'une personne tatouée, privée ou publique, refuse que son image soit reproduite. Or nous en avons parlé, les tatoueurs ont besoin de reproduire leur tatouage par photographie pour attirer de nouveaux clients et témoigner de leur savoir-faire passé. Il y a alors un véritable basculement puisque le tatoueur normalement devrait donner son autorisation à la personne tatouée pour toute reproduction du tatouage par photographie et

⁹² CEDH 21 février 2002 Schüssel c/ Autriche 42409/98

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

pourtant ici, c'est la personne tatouée qui donnera son accord au tatoueur pour que ce dernier reproduise son propre tatouage ! Nous pouvons d'ailleurs critiquer ce que la cour juge dans l'affaire du tatouage de Johnny Halliday⁹³ et estimer que les arguments de la société Polygram sont valables. Si tout élément permettant d'identifier une personne précisément est présent sur une photographie, cette dernière est en théorie soumise à l'approbation de la personne reproduite sur l'image. Or, le tatouage est un élément permettant l'identification d'une personne⁹⁴. Alors, la photographie du tatouage iconique de Johnny Halliday aurait pu être comprise comme une reproduction l'identifiant et entrant par conséquent dans le champ du droit à l'image, contrôlé par la Société Polygram. Saluons tout de même la position de la cour, sans quoi les tatoueurs auraient définitivement perdu tout espoir de voir leurs droits d'auteurs reconnus. Avec la décision portée par la cour d'appel, une protection de l'œuvre reste possible, si minime soit-elle.

65. Contrôle de la pérennité du tatouage. Lors de notre exposé sur les prérogatives du tatoueur, nous avons remarqué que le respect de l'œuvre ne pouvait pas réellement être compris en pratique à cause des changements corporels qui relèvent de l'autonomie personnelle de la personne tatouée. A contrario, cela veut dire qu'il y a un basculement du contrôle de la pérennité de l'œuvre. En effet, le tatoué, si le tatoueur ne peut pas lui imposer de conserver le tatouage sous la forme originellement tatouée, a devant lui un champ de possibles. Très simplement, même sans le contrôler, le corps de la personne tatouée peut changer, ce qui entraînera automatiquement une déformation du tatouage. C'est d'ailleurs le cas le plus courant et l'argument premier contre les tatouages : la santé du corps n'est pas éternelle. Autre possibilité, la personne tatouée a un contrôle sur le tatouage lui-même. Elle peut tout à fait décider de le recouvrir ou de le retirer quand bon lui semble. Un tel contrôle est tout bonnement impossible concernant une autre œuvre : jamais le propriétaire du support d'une peinture ne peut décider de repeindre l'œuvre dans de nouvelles couleurs, d'y ajouter des détails, de continuer l'œuvre sur une plus grande surface, de complètement la recouvrir avec une autre œuvre ou bien encore l'effacer ! Tant d'aberrations pour le droit d'auteur qui sont ici possibles pour le tatouage. Plus que possibles, elles sont presque justifiées par l'autonomie personnelle. Un tatoueur, quand bien

⁹³ CA, Paris, 3 juillet 1998 n°97/00183, Daures contre Sté Polygram.

⁹⁴ Il n'y a qu'à prendre par exemple les pièces d'identité, les passeports ou les casiers judiciaires : les tatouages sont considérés comme des altérations physiques permettant l'identification d'une personne.

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

même il aurait eu connaissance d'une telle altération de son œuvre, ne pourra que très peu probablement obtenir gain de cause en justice pour violation de son droit moral.

66. Contrôle au décès de la personne tatouée. Lors du décès de la personne tatouée, l'œuvre disparaît avec lui sans que le tatoueur, ou ses ayants-droits, ne puissent avoir leur mot à dire. Le cadavre est une chose réifiée⁹⁵. Le cadavre est alors une chose particulière puisque n'est pas vraiment une chose mais n'est plus vraiment rattaché à une personne, sujet de droit. Néanmoins, subsiste toujours le droit au respect de la mémoire du mort qui permet une certaine protection. Ainsi, certaines pratiques sont prohibées. Il serait d'ailleurs mal vu pour un tatoueur ou ses ayants-droits de demander à ce que leur œuvre soit extraite du cadavre pour pouvoir circuler de nouveau. Si du vivant de la personne, un lambeau de peau ne peut pas être échangé⁹⁶, il en va de même dans sa mort. Pourtant, si le tatoueur n'a pas de contrôle sur cette œuvre disons décédée, est-ce que la personne tatouée peut toujours contrôler l'avenir de ce tatouage par voie testamentaire ? Nous savons que l'une des dernières volontés de Johnny Halliday était de retirer ses tatouages pour les exposer. C'est aussi ce qu'on retrouve d'une certaine façon dans la collection du musée d'Anatomie Testut-Latarjet à Lyon⁹⁷. Plus loin de chez nous, au Japon, à Tokyo précisément, le Professeur Fukushi a accumulé une collection de peaux entièrement tatouées appartenant à l'origine à d'anciens Yakuza. Si à la base la collection servait la médecine légale et la criminologie, ces collections sont aujourd'hui ouvertes au public. Pour autant, en France, il est impensable de demander la dissection de son corps à des fins d'exposition. Quand bien même la liberté testamentaire permet un certain nombre de choses, en France, seuls certains rites funéraires restent autorisés et la dissection pour exposition n'en fait pas partie. Il faudra donc se tourner vers d'autres pays, plus accueillants de ces demandes, pour pouvoir faire exposer les tatouages de feu la personne tatouée.

67. Consécration de l'autonomie personnelle en droit étranger. Le droit français est très protecteur de la personne et tous les pays du monde ne suivent pas cette rigueur. La question n'est alors pas de savoir si l'herbe est plus verte ailleurs mais bien de comparer les possibilités accordées à une personne tatouée. Aux États-Unis, dans certains états, il est possible de contacter des sociétés

⁹⁵ Bernard Edelman, Entre le corps – objet profane – et le cadavre – objet sacré, Recueil Dalloz, 2010, p2754.

⁹⁶ En ce sens, la jurisprudence Paris Secret nous montre bien qu'un contrat demandant restitution d'un lambeau de peau est immoral et illégal.

⁹⁷ Cette collection regroupe de nombreuses peaux tatouées de marins datant du 19^e siècle.

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

spécialisées dans la conservation des tatouages. La pratique est simple, au décès de la personne, les tatouages sont retirés et sont ensuite conservés. Ils le sont soit dans des bocaux de formols, soit la peau subit un processus de tannage, la transformant en cuir. Cette peau peut ensuite être tendue et exposée comme un morceau de cuir avec des motifs imprimés dedans. La société charge donc un certain prix et le droit semble permissif sur ce point. C'est aussi ce que font d'autres sociétés suisses et danoises en proposant une solution pour léguer des lambeaux de peau. Au Japon d'ailleurs, ce processus de tannage des peaux a été effectué par le Professeur Fukushi, ce qui lui permet d'obtenir une collection de peaux humaines tatouées ressemblant plutôt à des toiles peintes sur du cuir. D'ailleurs, ce même Professeur a proposé à Geoff Ostling, un danois parmi les plus tatoués du monde, d'acheter sa peau afin qu'elle complète sa collection une fois qu'il sera décédé. De telles collections semblent à la frontière du cabinet de curiosités puisqu'elles sont de véritables expositions de restes humains. Pourtant, nous ne sommes pas si loin des expositions de momies ou de peaux retrouvées, la différence étant ici qu'une transaction a pu être effectuée du vivant de la personne dont la peau sera exposée par la suite. Moins porté sur les restes humains, l'histoire de Tim Steiner que nous avons pu aborder rapidement plus avant est tout à fait intéressante. Ce suisse est passé entre les mains de Wim Delvoye, artiste belge dont la spécialité était le tatouage sur cochons qu'il empaillait une fois ces derniers morts. Tim Steiner a alors accepté que Monsieur Delvoye lui tatoue le dos d'une œuvre signée. Après cette fixation, un contrat entre les deux est passé selon la loi helvétique plus permissive sur la prostitution : Tim Steiner devra exposer l'œuvre. Après plusieurs expositions en Australie, c'est au Louvre que le dos de Tim Steiner est visible en 2012. Il raconte à ce sujet qu'il passe alors huit heures par jour assis sur une chaise torse nu à écouter de la musique. Cette exposition est alors rémunérée et il le perçoit comme un travail, Wim Delvoye le rémunère pour l'exposition. L'histoire ne s'arrête pas là puisque toujours selon la loi helvétique, Wim Delvoye vend son œuvre à un collectionneur allemand. Le contrat passé entre les trois parties permet alors l'achat de la peau tatouée de Tim Steiner pour un prix de 150 000 euros. Le scénario loufoque du *Tatoué* est en fait réalité. Ce qui lie toutes ces actions est que chaque contrat est passé en détournant les lois souples sur la prostitution. En effet, tous les pays cités ont une loi plus ou moins souple en matière de prostitution, ou du moins le corps n'est pas autant verrouillé qu'en France. Il est alors question non pas de la vente d'un bien mais de la vente d'un produit du corps, à savoir des lambeaux de peau tatouée. En France, le corps étant protégé, un tel contrat semble impossible. De plus, la pénalisation

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

de la prostitution en France n'arrange pas la chose. Imaginons tout de même la vente de produits du corps étaient possibles, le droit d'auteur du tatoueur pourrait jouer plus fortement et ce contrôle du tatoué sur le tatouage serait peut-être amoindri.

68. Accession corporelle ? Une idée intéressante à développer vient d'un parallèle tiré avec l'accession immobilière. En effet, cette question est présente concernant le street art déjà : si l'œuvre est fixée sur le mur d'un immeuble, est-ce que par accession le propriétaire de l'immeuble devient aussi propriétaire de l'œuvre ? Entendons-nous, il n'est pas titulaire de droits d'auteur sur l'œuvre mais en devient simplement le propriétaire matériel. Nous avons ici un bien appartenant à une personne sur lequel une œuvre se retrouve fixée. Le street artist ne pourra pas reprocher au propriétaire de l'immeuble de recouvrir ou d'ajouter des modifications à l'œuvre. A la différence avec le tatouage que le street art puisse être une pratique illicite, nous avons bien un point commun qui se dégage. L'œuvre est incorporée à une personne. « La décision de se faire tatouer, de plus en plus commune, n'est rien d'autre que l'envie de faire l'achat d'une œuvre d'art avec laquelle on entretiendra un rapport intime et durable. » a dit Jean Martial Lefranc⁹⁸, journaliste. Il est vrai que le rapport est intime comme il le dit, l'œuvre fait partie de la personne. Dès lors, et puisque l'œuvre est interne au corps, pourrions-nous penser que cette œuvre « intègre » le support ? Intégration à tel point qu'elle soit indissociable du corps, ce qui en pratique est réel. Dès lors, la personne tatouée devient « propriétaire » de l'œuvre. Si ce n'est propriétaire comme on l'entend habituellement, l'œuvre fait *a minima* partie du corps de la personne tatouée. Alors, comme nous l'avons dit, cela ne signifie pas qu'elle obtient des droits sur l'œuvre elle-même. Néanmoins, cette idée permettrait d'expliquer que le droit d'auteur se retrouve amoindri. Cette « accession corporelle » justifierait alors que les droits au respect du corps humain et les droits de la personnalité s'appliquent si fortement dans la mise en balance avec le droit d'auteur.

69. Conclusion, les plus fortes prérogatives du tatoué. La mise en balance des droits semble alors fortement pencher pour le tatoué. Les libertés fondamentales sont ici bien trop fortes pour qu'un droit de propriété puisse rivaliser. Les porte-fort du droit d'auteur français, à savoir les droits moraux, incessibles, inaliénables, imprescriptibles et en théorie inviolables sont ici, en présence d'un tatouage, balayés par les intérêts plus forts de la protection de la personne. En plus d'être repoussés dans leurs

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

retranchements, les droits moraux comme patrimoniaux n'existent que théoriquement et ce de manière bien faible. En effet, ils sont difficilement compris en théorie bien que nous puissions acquiescer de leur existence. Néanmoins, lorsque la pratique s'en mêle, tous les droits d'auteur afférents au tatouage se retrouvent réduits à peau de chagrin. Alors oui, nous avons pu nous imaginer faire exister ces droits d'auteur, tant en jouant avec les textes qu'en réfléchissant et poussant le droit d'auteur afin de faire rentrer en son cadre le tatouage. Pour autant, le droit d'auteur, en principe très puissant en France, souffre de faibles concessions que nous avons pu relever. Nous avons pu considérer effectivement que, dans certains cas et sous certaines conditions, certains droits d'auteur pouvaient tout de même avoir le mérite d'exister. Nous avons alors eu recours à beaucoup d'euphémismes tout le long de la réflexion pour ne pas dire que finalement le tatouage n'est pas protégé par le droit d'auteur. Ce n'est pas parce qu'il n'est pas un art au sens du droit d'auteur, ni même que les créations ne sont pas originales, nous l'avons vu elles le sont. Non, si le tatouage ne peut pas être protégé par le droit d'auteur contemporain, c'est que le droit d'auteur n'est pas adapté à un tel art. Le Manifeste du SNAT lutte, à mon sens, en une cause noble mais ineffective. La reconnaissance du tatouage comme un art est intéressante, mais vouloir à tout prix appliquer les dispositions sur le droit d'auteur au tatouage n'a, en fin de compte, que très peu d'intérêt pratique si ce n'est politique. Malgré cela, le tatouage devrait tout de même avoir droit à une certaine protection, si cette dernière n'est pas possible avec le régime général du droit d'auteur, pourrions-nous envisager une protection *ad hoc* ? En effet, le tatouage ne semble pas pouvoir rentrer dans la « case » œuvre de l'esprit classique, très bien, mais cela ne ferme pas les possibilités. Le droit d'auteur recèle d'ailleurs de dispositions spécifiques à certains types d'œuvres. On pense alors à l'œuvre audiovisuelle mais aussi des œuvres plus discutables comme le logiciel ou la base de données. Si ces derniers ont su obtenir une protection *ad hoc*, au même titre que la loi de 1985 est venue créer un régime particulier pour les droits voisins, pourquoi le tatouage ne pourrait-il pas être protégé d'une manière qui lui convienne mieux ? Il ne faudrait alors pas concevoir ce droit spécial du tatouage comme plus contraignant mais comme un droit d'auteur plus léger peut-être. Nous l'avons assez remarqué, le tatouage n'a pas le droit d'auteur dans sa poche, alors pourquoi ne pas reconnaître quelques prérogatives aux auteurs-tatoueurs, si légères soient-elles ? En tout état de cause, la cause soutenue

⁹⁸ Arts Magazine de juin 2014, à l'occasion de l'exposition Tatoueurs, Tatoués au Musée du Quai Branly.

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

par le SNAT garde le mérite d'exister bien que, comme les droits d'auteurs sur le tatouage, cette cause ne soit qu'une façade théorique là où la pratique ne suivra pas.

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

INDEX

A

Accession corporelle 68
Auteur §2
Autonomie personnelle §24 67

C

Commande §10 11 12 15 16 17 18 19 20
Contrefaçon §44 45
Contrôle §36 63 64 65 66

D

Destination §38
Distribution §39
Divulgateion §54
Droit à l'image §26 64
Droit à la vie privée §26 63 65

E

Épuisement §39

F

Fiscalité §3
Flash §6 7 8 14
Folklore §9
Free-hand §5 14

H

Histoire §1

M

Motif §9 11 12 16 17 20 21 23

O

Œuvre collective §19
Œuvre composite §24
Œuvre de collaboration §22
Œuvre incorporée §30
Originalité §4 5 6 9 10 11 12 17 18 21 23

P

Paternité §55 56 57 58

R

Représentation §41 42 49
Reproduction §33 34 35 37 47 48
Respect §59 60 61
Retrait §62

S

Saisie-contrefaçon §43
Suite §40
Support §28 29 35

T

Titularité §13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23
24
Travaux préparatoires §7

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES, TRAITES, MANUELS

- Gautier Pierre-Yves, Propriété littéraire et artistique, PUF DL, 2019
- Guinchard Serge, Moussa Tony, Droit et pratique des voies d'exécutions, DALLOZ ACTION, 9^e édition, Janvier 2018
- Lucas André, Lucas-Schloetter Agnès, Lucas Henri-Jacques, Bernault Carine Traité de la propriété littéraire et artistique, LexisNexis, 2017.
- Lucas André, Propriété littéraire et artistique, Dalloz, 2015
- Sirinelli Pierre, Propriété littéraire et artistique, Dalloz DL, 2016

COMMENTAIRES ET ARTICLES

- Bacache Mireille, Corps Humain -Têtes maories, RID Civ, 2010, p626
- Basire Yann, La propriété du dessin, Colloque sur le tatouage et les modifications corporelles saisis par le droit, printemps 2019, 9^e intervention
- Belot Dimitri, Œuvre originale – Copyright – Il ne faut pas jouer avec les tatouages, Juris art etc. 2016, n°33 p11
- Bensamoun Alexandra, Groffe Julie, Œuvres protégées. Notion d'œuvre (CPI, art L.111-1, L.112-1, L.112-2), Fascicule 1134 Objet du droit d'auteur, JurisClasseur Civil Annexes, 30 novembre 2019
- Bernault Carine, Œuvres protégées. Règles générales (CPI, art. L.112-1 et L.112-2), Fascicule 1135 : Objet du droit d'auteur, JurisClasseur Civil Annexes, 30 novembre 2019
- Carrière Laurent, Tatouage, droit d'auteur et marque de commerce : quelques réflexions, ROBIC SENCRL

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

- Collot Pierre-Alain, La protection des savoirs traditionnels, du droit international de la propriété intellectuelle au système de protection sui generis, Droit et Culture, 2007-01, p181-209.
- Dailler Tatiana, La propriété de la peau, Colloque sur le tatouage et les modifications corporelles saisis par le droit, printemps 2019, 7^e intervention
- Dreyer Emmanuel, La dignité opposée à la personne, Recueil Dalloz 2008, p2730
- Edelman Bernard, Entre le corps – objet profane – et le cadavre – objet sacré, Recueil Dalloz, 2010, p2754
- Galloux Jean-Christophe, Gaumont-Prat Hélène, Droits et libertés corporels, Recueil Dalloz, 2010, p604
- Ginsburg Jane, Droit d’auteur et propriété de l’exemplaire d’une œuvre d’art : étude de droit comparé, Revue internationale de droit comparé, 1994 46-3, p811-821
- Isgour Marc, Droit à l’image et création artistique, Etudes théâtrales, 2015/1 (n°62), p52-64
- Kamina Pascal, Brèves réflexions sur la catégorie juridiques des propriétés intellectuelles, Mélanges en l’honneur du professeur André Lucas, 2014
- Kamina Pascal, De l’indépendance des propriétés corporelles et intellectuelles, Revue de la recherche juridique, 1998, p881-898
- Larrieu Jacques, Le tatoueur, le tatoué, le tatouage et le droit d’auteur, Etudes en l’honneur du professeur Jérôme Huet, LGDJ, 2017
- Le Stanc Christian, Tatouage - L’art dans la peau, Propriété industrielle n°7-8, Juillet 2019, repère 7
- Lebois Audrey, Droit d’auteur et corps humain, Mélanges en l’honneur du professeur André Lucas, 2014, p519
- Lebois Audrey, Droits patrimoniaux -Droit de reproduction (CPI art L.122-3), Fascicule 1246 : Droits des auteurs, JurisClasseur Civil Annexes, 30 novembre 2019
- Lepers Jacques, Un reste humain peut-il appartenir au domaine public ? AJDA 2008, p 1896
- Lucas André, Synthèse – Exploitation des droits de la propriété littéraire et artistique, Essentiel, 25 mai 2019

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

- Lucas-Schloetter Agnès, Droit d'auteur et droits de la personnalité, Fascicule 1118 : Nature du droit d'auteur, JurisClasseur propriété littéraire et artistique, 15 novembre 2015
- Lucas-Schloetter Agnès, Droit moral. Théorie générale du droit moral (CPI, art. L.121-1 à L.121-9), Fascicule 1210 : Droits des auteurs, JurisClasseur Civil Annexes, 1^{er} octobre 2019.
- Lucas-Schloetter Agnès, La contrefaçon artistique : état des lieux, Communication Commerce électronique n°2 février 2011, étude 3.
- Mitaine Chloé, Le tatouage et le principe de dignité humaine, Médecine & Droit, 2017, p115-120
- Nicaud Baptiste, Tatouage, liberté d'expression artistique et droit pénal, Colloque sur le tatouage et les modifications corporelles saisis par le droit, printemps 2019, 8^e intervention
- Ottavi Marie, Tim Steiner, enchères et en os, Libération, 8 octobre 2012
- Pierrat Emmanuel, Lemarchand Clémence, L'œuvre d'art, support de création, Juris art etc, 2015, n°22 p25
- Pollaud-Dulian Frédéric, Droit moral et droits de la personnalité, La Semaine Juridique Edition Générale n°29, 27 juillet 1994
- Quérel Eloïse, Les peaux humaines tatouées, un patrimoine caché, La lettre de l'OCIM, juillet-août 2014, n°154
- Tharaud Delphine, Quête d'identité, tatouage et droit, Colloque sur le tatouage et les modifications corporelles saisis par le droit, printemps 2019, 2^e intervention
- Tilloy Céline, Contrefaçon, Fascicule 10 propriété littéraire et artistique, JurisClasseur procédures formulaire, 23 septembre 2019
- Zollinger Alexandre, Propriété littéraire et artistique et droits fondamentaux, Fascicule 1970, JurisClasseur propriété littéraire et artistique, 1^{er} février 2019

SITOGRAPHIE

- « calimaq », Tatouage : le droit d'auteur dans la peau, scinfolex.com, 7 avril 2011,
- « Link », Le musée qui veut ta peau encrée, tattoome.com, 2016
- Lachapelle Judith, L'art dans la peau, lapresse.ca, 2008

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

- Ricouveau Vincent, Que faire devant un tatouage « do not resuscitate » ? Village-justice, 18 décembre 2017.
- Simon-Provo Caroline, Le Dévédec Benoît, Le tatouage en propriété intellectuelle, Village Justice, 24 septembre 2019.

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

TABLE DES MATIERES

AVANT PROPOS	2
REMERCIEMENTS	2
SOMMAIRE	3
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	4
INTRODUCTION.....	5
1. <i>Brève histoire du tatouage.</i>	6
2. <i>Tatoueur auteur et tatouage œuvre ?.....</i>	7
3. <i>Fiscalité et tatouage.....</i>	7
CHAPITRE LIMINAIRE – LE TATOUAGE, ENTRE ŒUVRE DE L’ESPRIT ET CORPS HUMAIN	9
A. L’ORIGINALITE DU TATOUAGE.....	9
4. <i>Originalité.....</i>	9
5. <i>Free-hand et originalité.....</i>	10
6. <i>Flashs et originalité</i>	10
7. <i>Flash et rôle des travaux préparatoires.....</i>	11
8. <i>Flash autonome.....</i>	13
9. <i>Motifs traditionnels et folklore.....</i>	13
10. <i>Commande « walk-in » et originalité.</i>	14
11. <i>Commande via soumission d’une idée de motif.....</i>	14
12. <i>Commande via présentation d’un motif préexistant.....</i>	15
B. LA TITULARITE DES DROITS D’AUTEUR SUR LE TATOUAGE.....	16
13. <i>La titularité du droit d’auteur sur le tatouage.....</i>	16
14. <i>Free-hand et flash.....</i>	16
15. <i>Commande</i>	17
16. <i>Commande et idée de motif.....</i>	17
17. <i>Commande et originalité du motif.....</i>	17
18. <i>Commande et originalité de réalisation.....</i>	18
19. <i>Commande et œuvre collective, articles L113-2 et L113-5 ?</i>	18
20. <i>Commande et motif préexistant.....</i>	19
21. <i>Motif préexistant original réalisé par le futur tatoué.....</i>	19
22. <i>Œuvre de collaboration entre le tatoueur et le tatoué ?.....</i>	20
23. <i>Motif original préexistant et artiste tiers.....</i>	21
24. <i>Œuvre composite ?.....</i>	21

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

C. LES DROITS AU RESPECT DU CORPS HUMAIN ET DE LA PERSONNALITE, CONTREPOIDS DU DROIT D'AUTEUR ?.....	23
24. <i>L'autonomie personnelle. L'arrêt de la CEDH Pretty contre Royaume-Uni 2002.</i>	23
25. <i>Les droits couvrant le corps humain.</i>	24
26. <i>Le droit à la vie privée et le droit à l'image.</i>	25
27. <i>Identification d'une personne et tatouage.</i>	25
28. <i>Le support en droit d'auteur.</i>	26
29. <i>Le corps support spécial du tatouage.</i>	27
30. <i>Œuvre incorporée.</i>	28
31. <i>Problématique.</i>	30
32. <i>Plan.</i>	31
CHAPITRE I - UNE LIMITATION DES DROITS D'AUTEUR SUR LE TATOUAGE PAR L'ESSENCE DES DROITS DE LA PERSONNALITE	32
A. DES DROITS PATRIMONIAUX AFFAIBLIS.....	32
33. <i>Droit de reproduction.</i>	32
34. <i>Reproduction et tatouage.</i>	33
35. <i>Exploitation par un support différent.</i>	33
36. <i>Absence de contrôle sur l'œuvre fixée sur le corps.</i>	33
37. <i>Reproduction du tatouage par photographie et personne publique.</i>	34
38. <i>Droit de destination et tatouage.</i>	35
39. <i>Droit de distribution et épuisement.</i>	35
40. <i>Droit de suite.</i>	36
41. <i>Droit de représentation.</i>	36
42. <i>Communication au public du tatouage.</i>	37
B. LA CONTREFAÇON PRATIQUEMENT AMPUTEE	38
43. <i>Saisie-contrefaçon.</i>	38
44. <i>La contrefaçon du tatouage.</i>	40
45. <i>La contrefaçon par le tatouage.</i>	40
46. <i>Limites.</i>	41
47. <i>La reproduction accessoire du tatouage.</i>	42
48. <i>Reproduction de tatouages dans le jeu vidéo, reproduction accessoire ?</i>	42
49. <i>Une possible représentation accessoire du tatouage.</i>	43
50. <i>Une exception de panorama corporel ?</i>	43
51. <i>Piste de solution proposée par le SNAT.</i>	44
52. <i>Conclusion intermédiaire, un monopole d'exploitation très faible.</i>	45
CHAPITRE II - LIMITATION VENANT ETEINDRE LES DROITS MORAUX POUR LE PLUS GRAND BENEFICE DE LA PERSONNE TATOUÉE	46
A. DES DROITS MORAUX RESTREINTS.....	46
53. <i>La grande protection théorique des droits moraux.</i>	46
54. <i>Droit de divulgation et tatouage.</i>	47
55. <i>Droit à la paternité du tatouage.</i>	47

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019-2020

56. <i>La paternité par signature.</i>	48
57. <i>La paternité dans la vie du tatoué.</i>	49
58. <i>Paternité restreinte et tatouage.</i>	49
59. <i>Droit au respect du tatouage.</i>	50
60. <i>Le respect contre l'atteinte à l'esprit de l'œuvre.</i>	51
61. <i>Le respect contre l'atteinte à la forme de l'œuvre.</i>	51
62. <i>Droit au retrait et repentir du tatouage.</i>	52
B. LE CORPS COMME SUPPORT AVANT LE DROIT D'AUTEUR	54
63. <i>Un glissement de contrôle au profit du tatoué.</i>	54
64. <i>Contrôle de l'image du tatouage.</i>	54
65. <i>Contrôle de la pérennité du tatouage.</i>	56
66. <i>Contrôle au décès de la personne tatouée.</i>	57
67. <i>Consécration de l'autonomie personnelle en droit étranger.</i>	57
68. <i>Accession corporelle ?</i>	59
69. <i>Conclusion,</i>	59
INDEX	62
BIBLIOGRAPHIE	63
OUVRAGES, TRAITES, MANUELS	63
COMMENTAIRES ET ARTICLES.....	63
SITOGRAFIE	65
TABLE DES MATIERES	67